P. Meyer

Saarbrücken 1975

F I K T I O N E N I M R E C H T

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors
des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissen-
schaftlichen Fakultät der Universität
des Saarlandes

vorgelegt von

Peter Meyer

aus

7801 Umkirch

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 20. Juni 1975
Dekan : Prof. Dr. O.H. Paensgen
Berichterstatter : Prof. Dr. A. Kaufmann
Prof. Dr. A. Baratta

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Problemstellung und Gang der Untersuchung 1

2. Kapitel

Die kategoriale Selbständigkeit der Rechtsfiktionen gegenüber den erkenntnistheoretischen ...3

1. Die erkenntnistheoretischen Fiktionen 3

2. Die juristischen Fiktionen 9

3. Kapitel

Die Gesetzesfiktionen als Probleme gerechter Rechtssätze 16

1. Gerechtigkeitsbezug der Fiktionen auf Grund ihrer Stellung im Rechtssatz 16

2. Die Relativität von Gleichheit und Verschiedenheit 18

3. Verhältnis der Fiktion zur Wirklichkeit 25

4. Kapitel

Abhängigkeit der Fiktionen vom Begriffssystem 27

5. Kapitel

Abgrenzung der Fiktionen von den Definitionen 33

6. Kapitel

Abgrenzung der Fiktionen von den gesetzlichen Auslegungsregeln 40

7. Kapitel

Abgrenzung der Fiktionen von den gesetzlichen Vermutungen 44

8. Kapitel

Die sprachlichen Formen der Fiktionen 52

9. Kapitel

Die methodologische Bedeutung der Fiktionen im Rechtsfindungsprozeß 61

10. Kapitel

Die Gesetzesfiktionen als Probleme der Rechtsanwendung 71

1. Die Fiktionen als Hypothesen mißverstanden 71
2. Die Ermittlung des maßgeblichen Vergleichsgesichtspunktes 74
3. Die Fiktionen im Spannungsfeld von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit 77
4. Möglichkeiten gesetzgeberischer Abhilfen 78

11. Kapitel

Die Abhängigkeit der Fiktionen von der Konkretheit des ausgedrückten Normsinnes und der sprachlichen Fassung der Gesetze 83

1. Konkretheit der Normen 83
2. Flexibilität der Begriffe 84

12. Kapitel

Grenzen für die Verwendung von Fiktionen 91

1. Die Gerechtigkeit 91
2. Sinnhaftigkeit und Denkpraktikabilität 92
3. Sprachpsychologie 95
4. Die rechtliche Systematik 96
5. Erfordernisse bestimmter Rechtsgebiete 98

13. Kapitel

Motive des Gesetzgebers für die Verwendung von Fiktionen 102

1. Das Bestreben nach Kürze 102
2. Die Hervorhebung gesetzgeberischer Absichten 104
3. Die Fiktion als Mittel der Flexibilität ...105
4. Die Dogmatik als Grund für Fiktionen 106
5. Die Anlehnung an tatsächliche Verhältnisse 110

14. Kapitel

Gesamtbeurteilung der Gesetzesfiktionen 111

15. Kapitel

Fiktionen als Mittel der Rechtsanwendung 119

Schrifttumsverzeichnis 131

Abkürzungsverzeichnis

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	= alte Fassung
Anm.	= Anmerkung
Art.	= Artikel
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
EheG	= Ehegesetz
JuS	= Juristische Schulung
GG	= Grundgesetz
LM	= Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
S.	= Seite
Sp.	= Spalte
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
StVO	= Straßenverkehrsordnung
Vergl.	= Vergleiche
ZPO	= Zivilprozeßordnung

1. KAPITEL

PROBLEMSTELLUNG UND GANG DER UNTERSUCHUNG.

Es gibt kaum ein Gesetzeswerk, in dem der Gesetzgeber nicht in mehr oder weniger großer Zahl Fiktionen verwendete. Dabei sind die Meinungen sowohl über die methodologische Bedeutung der Fiktionen im Recht, wie auch über die Gesamtbewertung ihrer Tauglichkeit für eine funktionsgerechte Rechtssetzung nicht einhellig.
Auf der einen Seite wird von ihnen gesagt, sie hätten nicht nur keinen sachlichen Wert, sondern bildeten für richtiges Erkennen eine Gefahr. Sie seien ein Zeichen von Bequemlichkeit, die nicht auf den eigentlichen Grund der Sache gehen wolle; sie seien eine scharf zu betonende Bedeutungslosigkeit und Überflüssigkeit [1].

Andererseits werden Fiktionen als das tägliche Brot des Juristen und als eine elementare Lebensnotwendigkeit der Rechtswissenschaft bezeichnet [2].
B e r n h ö f t schließlich betrachtet die Fiktionen im Recht als ein notwendiges Übel, ein "bisweilen unentbehrliches aber ungemein gefährliches Hilfsmittel" [3].

Ob solche globalen Beurteilungen der Vielfalt der Fiktionen gerecht werden, muß eine differenzierte Betrachtung der Rechtsfiktionen erweisen. Diese Untersuchung wird sich zu-

---

1) S c h n e i d e r, Leipziger Zeitschrift 1916 Sp. 1089.

2) M a l l a c h o w, Rechtserkenntnistheorie S. 114.

3) B e r n h ö f t, Zur Lehre von den Fiktionen S. 8.

nächst mit der kategorialen Selbständigkeit der juristischen Fiktionen beschäftigen und in diesem Zusammenhang ihre strukturelle Form aufzuzeigen versuchen. Aus der typischen Arbeitsweise der Fiktionen, die L a r e n z [4] als die bewußte Gleichsetzung von Verschiedenem kennzeichnet, wird sich die Frage ergeben, ob und gegebenenfalls wie sich ein solches Verfahren im Lichte der Gerechtigkeit rechtfertigen läßt. In engem Zusammenhang damit steht die Frage nach dem Verhältnis der Fiktionen zur Wirklichkeit.

Betrachtet man z. B. § 1589 Abs. 2 BGB a.F., wonach ein uneheliches Kind und dessen Vater als nicht miteinander verwandt gegolten haben, so fragt es sich, wie der damit vom Gesetzgeber bezogene Standpunkt zu der von jedem objektiven Beobachter erkennbaren Realität zu kennzeichnet ist. Will der Gesetzgeber etwa eine besondere juristische Wirklichkeit schaffen und wie ließe sich eine solche rechtfertigen? -

Fiktionen als Ausdrucksmittel des Gesetzgebers unterliegen den sprachlichen Gesetzen und Eigentümlichkeiten, weshalb ihr Verhältnis zur Sprache und ihre begriffliche Bedingtheit zu beleuchten sind.

Schließlich müssen Fiktionen von anderen Erscheinungen abgegrenzt werden. Es sind auch die mit der Verwendung von Fiktionen für die Rechtsanwendung verbundenen Probleme und die sich daraus ergebenden Grenzen für die Verwendungsmöglichkeiten von Fiktionen aufzuzeigen.

Letztlich ist dem Umstand Beachtung zu schen-

---

4) L a r e n z, Methodenlehre S. 199.

ken, daß Fiktionen nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch vom Rechtsanwender in Anspruch genommen werden.

Das Ziel dieser Untersuchung ist es also, das Wesen der Rechtsfiktionen zu ergründen, um daraus Schlußfolgerungen für ihre Bedeutung und Tauglichkeit ziehen zu können.

Der Versuch, das Wesen der juristischen Fiktionen aus der Etymologie des Wortes zu erfassen, kann dabei von vorneherein als untauglich ausgeschieden werden.
Ein Hinweis auf die Vielzahl der möglichen, von V a i h i n g e r [5] aufgezählten Wortbedeutungen mag dies verdeutlichen. Unter Fiktionen kann damnach verstanden werden:
Erdichtung, Einbildung, Hirngespinste, Phantasien, phantastische Begriffe, Imagination, Quasi-Ding, Scheinbegriff, Denkfigur, bloße Idee usw.

Wesentlich für die richtige Beurteilung der juristischen Fiktion ist es, ihre kategoriale Eigenständigkeit gegenüber der erkenntnistheoretischen hervorzuheben.

2. K A P I T E L

D I E K A T E G O R I A L E E I G E N S T Ä N D I G K E I T D E R R E C H T S F I K T I O N E N G E G E N Ü B E R D E N E R K E N N T N I S T H E O R E T I S C H E N

1. Unter einer erkenntnistheoretischen Fiktion

---

5) V a i h i n g e r , Philosophie S. 14o.

versteht V a i h i n g e r [6] ein gebräuchliches Hilfsmittel in der Wissenschaft, bei dem mit bewußt falschen Vorstellungen das Richtige erkannt werde. Wie diese Definition zu verstehen und zu beurteilen ist, soll an Beispielen untersucht werden, die V a i h i n g e r selbst verwendet.
So führt er aus dem Bereich der Mathematik das Problem der Berechnung des Kreisumfanges an. Diese Aufgabe wurde mit der "falschen" Vorstellung bewältigt, der Kreisumfang bestehe aus unendlich vielen unendlich kleinen Geraden.

Auf den ersten Blick scheint sich dieses Verfahren tatsächlich falscher Vorstellungen zu bedienen, da der Kreisumfang als gekrümmte Linie nicht aus Geraden bestehen kann. Werden demgegenüber gekrümmte Linien und Geraden gleichbehandelt, so scheint es sich um falsche Vorstellungen und um eine Gleichbehandlung von Verschiedenem zu handeln. Das Urteil über eine solche Gedankenoperation müßte lauten, daß sie gegen logische Gesetze verstoße und deshalb als untauglich verworfen werden müsse. Damit stünde man allerdings mit den unzähligen Erfahrungen im Widerspruch, nach denen mit der "untauglichen Methode" richtige Ergebnisse erzielt werden.
Es kann indessen nicht bei diesem vordergründigen Eindruck sein Bewenden haben. Vielmehr muß die Aufgabenstellung der genannten erkenntnistheoretischen Fiktion und der in ihr enthaltene Lösungsweg einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.
Die Schwierigkeit bei der Berechnung des Kreisumfanges liegt darin, daß gekrümmte Linien nicht wie Geraden meßbar und addierbar sind. Die für die Lösung der Aufgabe idealen Eigenschaften hat hingegen die Gerade. Wenn sich also die Kreislinie wie eine Gerade oder aus mehreren Geraden bestehend behandeln ließe, ohne

---

6) V a i h i n g e r , Philosophie S. 175.

daß dadurch die Richtigkeit des Ergebnisses gefährdet wäre, könnte die Gleichstellung von Gerade und gekrümmter Linie zur Lösung des Problems verhelfen. Ob eine solche Gleichbehandlung zulässig ist oder nicht, muß ein Vergleich der Kreislinie mit der Geraden erbringen. Der entscheidende Ansatzpunkt für einen solchen Vergleich ist darin zu sehen, daß ein einem Kreis umschriebenes oder eingeschriebenes Vieleck sich der Kreislinie um so mehr nähert, je größer die Anzahl seiner Ecken bzw. Seiten und je kleiner damit seine einzelnen Seiten werden. Auf Kurve und Gerade bezogen bedeutet dies, daß ihre Unterschiedlichkeit um so geringer wird, je kleiner der betrachtete Teilbereich ist.
Schließlich läßt sich die Verschiedenheit bei einer extremen Betrachtungsweise ganz aufheben, wenn sich das Augenmerk nur noch auf einen punktuellen Bereich richtet. Die dabei gefundene "Gleichheit" von Gerade und Kurve könnte dann so ausgedrückt werden, daß ein auf einer Kurve liegender Punkt sich in nichts anderem als in eben dieser Tatsache von einem anderen unterscheide, der auf einer Geraden liegt. Das bei dieser extremen Zentrierung des Blickes auf einen Punkt gefundene Ergebnis ist noch nicht die praktikable Lösung des Problems, weil sich Punkte zwar vergleichen, wegen ihrer Ausdehnungslosigkeit aber nicht addieren lassen. Der vergleichbare Sachverhalt muß deshalb, um zu brauchbaren Ergebnissen zu führen, dem meßbaren angenähert werden, das heißt, der betrachtete Bereich muß über den Punkt hinaus bis zu einer meßbaren Größe ausgedehnt werden. Die daraus gewonnene Erkenntnis lautet dann nicht eigentlich, daß die Kreislinie aus unendlich vielen unendlich kleinen Geraden bestehe, sondern daß sie sich einem aus unendlich vielen Seiten bestehenden Vieleck bis zur Unterschiedslosigkeit annähern läßt.
Es ist nun fraglich, ob ein solches Verfahren zu Erlangung mathematischer Erkenntnis auf der Verwendung falscher Vorstellungen beruht. Zunächst ist festzustellen, daß das Verfahren

wesentlich davon geprägt ist, daß zwischen Kreislinie und Gerade ein Vergleich gezogen wird. Weiter ist zu bemerken, daß dieser Vergleich nicht unter einem beliebigen, sondern einem speziellen Vergleichsgesichtspunkt stattfindet. Sinnvolle Vergleiche lassen sich jedoch nur anstellen, wenn die zu vergleichenden Sachverhalte in den entscheidenden Fragen bekannt sind, wenn also insofern richtige Vorstellungen bestehen. Andernfalls läßt sich über Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit der Sachverhalte nichts Zuverlässiges aussagen.
Was nun den Vergleich zwischen Gerade und Kreislinie angeht, so weiß man, wie Geraden gemessen werden und wie die Summe aus mehreren zu bilden ist. Wüßte man dies nicht, könnte die Frage nach der Vergleichbarkeit von Gerade und Kreislinie für das anstehende Problem nicht sinnvoll beantwortet werden. Zum anderen besteht auch Klarheit über die Verhältnisse der Kreislinie, so daß ein Vergleich der beiden Sachverhalte im Bewußtsein ihrer Verschiedenheit vorgenommen wird. Es ist also nicht Wirksamkeitsvoraussetzung des beschriebenen Verfahrens, daß mit falschen, sondern vielmehr daß mit richtigen Vorstellungen gearbeitet wird.
Wenn V a i h i n g e r nun dieses Verfahren als ein solches kennzeichnet, das mit falschen Vorstellungen arbeite, so läßt sich dies dann rechtfertigen, wenn man das vergleichende Verfahren der erkenntnistheoretischen Fiktion in einer Momentaufnahme beleuchtet und sich an der praktikablen Formulierung der Erkenntnis orientiert, wonach eine Kreislinie aus unendlich vielen unendlich kleinen Geraden besteht. In Wirklichkeit lautet die Erkenntnis jedoch, daß sich die Kreislinie dem Bild unendlich vieler unendlich kleiner Geraden bis zur Unterschiedslosigkeit annähern läßt. Eben in dieser Möglichkeit der Annäherung liegt die Berechtigung für die erkenntnistheoretische Fiktion.
Geht man also davon aus, daß Gerade und gekrümmte Linie nicht schlechthin gleichgestellt

werden, sondern lediglich ihre Vergleichbarkeit unter einem bestimmten Aspekt für ein bestimmtes Erkenntnisproblem nutzbar gemacht wird, so handelt es sich bei dieser Art von Fiktionen eigentlich um ein Verfahren der Vermittlung naturwissenschaftlicher Erkenntnis. Der Aspekt unter dem verglichen wird, ist durch die Fragestellung vorgeschrieben. Soweit es also um naturwissenschaftliche Probleme geht, ist entscheidend, ob, gemessen an der Wirklichkeit und den Naturgesetzen, eine Ähnlichkeit zu erkennen ist.
Wegen der Exaktheit dieses Vergleichsmaßstabes besteht auch die Möglichkeit, die Richtigkeit der erkenntnistheoretischen Fiktion an ihren Ergebnissen exakt zu überprüfen.

An zahllosen anderen Beispielen ließe sich diese Erkenntnismethode beobachten. Es soll jedoch bei einem weiteren, ebenfalls von V a i h i n g e r [7] genannten Beispiel aus dem Bereich der Physik sein Bewenden haben. Dieses Beispiel befaßt sich mit dem Schwerpunkt, in dem Körper ausdehnungslos zusammengefaßt betrachtet werden. V a i h i n g e r spricht in diesem Zusammenhang von einer abstraktiven Fiktion, bei der gewisse Elemente der Wirklichkeit vernachlässigt würden.
Der Bezeichnung dieser Fiktion als abstraktiv kann zugestimmt werden, da eine Betrachtungsweise, die einen Körper in einem ausdehnungslosen Punkt zusammenfaßt, von dessen Körperlichkeit absieht, also abstrahiert. Dies gilt allerdings von jedem vergleichenden Erkennen, da sich die Dinge nur unter mehr oder weniger zahlreichen Aspekten gleichen, in anderen dagegen unterscheiden [8].

---

7) V a i h i n g e r , Philosophie S. 30.

8) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 22: "Alle Dinge sind einander mehr oder weniger ähnlich oder unähnlich."

Was nun den in seinem Schwerpunkt konzentrierten Körper angeht, so wird seine Masse nicht in einem beliebigen Punkte zusammengefaßt, sondern an einer Stelle, die sich bei gleichmäßig gedachter Konzentrierung der Masse ergibt, also in einem durch fortschreitende Annäherung gefundenen Punkt.
Soll nun das Ergebnis dieses Vergleiches festgehalten werden, so kann gesagt werden, daß ein Körper für bestimmte physikalische Überlegungen mit seinem Schwerpunkt soviel Ähnlichkeit habe, daß er mit diesem gleichgesetzt werden dürfe. Das Ergebnis lautet also nicht, daß ein Körper seinem Schwerpunkt schlechthin gleich sei.
Auch hier darf nicht übersehen werden, daß der angestellte Vergleich nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt zutreffend ist. Der Vergleich gilt z.B. nicht, wenn ein Frachtführer die Kapazität seines Fahrzeuges beurteilen soll. Wollte er dies lediglich unter Heranziehung der Schwerpunkte der zu transportierenden Güter tun, hätte er sich von dem Vergleichsgesichtspunkt entfernt und könnte außerhalb dieses Bereiches keine sinnvollen Ergebnisse erzielen.

Aus dem bisher Gesagten folgt, in welchem Verhältnis die erkenntnistheoretische Fiktion in den Naturwissenschaften zur Wirklichkeit steht. Da die Vergleichsgesichtspunkte naturwissenschaftlicher Art sind, muß der jeweilige Vergleich sich an der Übereinstimmung in naturwissenschaftlichen Gegebenheiten orientieren. Fiktionen, die einen anderen, nicht naturwissenschaftlichen Vergleichsmaßstab anlegten, könnten diesem naturwissenschaftlichen Wirklichkeitsbezug nicht gerecht werden.

Zusammenfassend kann das Wesen der behandelten erkenntnistheoretischen Fiktionen dadurch gekennzeichnend werden, daß sie als Vermittler naturwissenschaftlicher Erkenntnis fungieren. Erkenntnistheoretische Fiktionen sind ohne Vergleichsmaßstab nicht denkbar. Dieser ist

durch das gestellte Problem vorgeschrieben. Die Aussagen der Fiktionen haben nur Gültigkeit für den speziellen Gesichtspunkt, unter dem sie vergleichen. Der Eindruck, daß sie mit falschen Vorstellungen arbeiteten, wird dadurch vermittelt, daß in der sprachlichen Wiedergabe der Fiktion ihre vergleichende Methode nicht zum Ausdruck kommt.
Die Definition, die erkenntnistheoretische Fiktion arbeite mit bewußt falschen Vorstellungen, ist daher insoweit zutreffend, als ihr sprachliches Bild diesen Eindruck vermittelt, nicht jedoch, soweit man ihr eigentliches Wesen berücksichtigt.

2. Die kategoriale Selbständigkeit der juristischen Fiktion, wobei zunächst nur die vom Gesetzgeber verwendeten Fiktionen betrachtet werden sollen, ergibt sich aus dem Vergleich beider Fiktionsarten, der neben Übereinstimmungen wesentliche Unterschiede zu Tage fördert.
Übereinstimmung läßt sich insoweit feststellen, als beiden die Methode des Vergleichens und der Gleichstellung eigen ist. Für die juristische Fiktion soll dies im folgenden anhand der im Gesetz verwendeten Fiktionen nachgewiesen werden. Dabei geht es also zunächst nur darum, den Bauplan der juristischen Fiktion, ihre Struktur zu erkennen.
Im § 114 BGB ist z.B. bestimmt, daß der wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen gleichsteht, der das 7. Lebensjahr vollendet hat.
Unschwer läßt sich erkennen, daß in dieser Vorschrift ungleiche Sachverhalte einander gleichgestellt sind. Ein aus den genannten Gründen Entmündigter unterscheidet sich von einem Minderjährigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, in tatsächlicher Hinsicht deutlich.

In gleicher Weise verfährt das Gesetz im § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB, wo es heißt, daß ein im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung oder durch einen Konkursverwalter erfolgte Verfügung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gleichsteht. Es bedarf keiner Erläuterung, um auch in dieser Vorschrift die Gleichbehandlung von Verschiedenem zu erkennen. Ebenso weisen eine ganze Reihe anderer Vorschriften dieselbe Struktur auf.
Im § 209 Abs. 2 BGB etwa wird der Klageerhebung die Zustellung eines Zahlungsbefehls, die Anmeldung einer Forderung im Konkurs und anderes gleichgestellt. § 911 BGB bestimmt u.a., daß Früchte, die von einem Baum auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, als Früchte dieses Grundstücks gelten.
Nach § 95o Abs. 1 BGB stehen der Verarbeitung das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche einer Sache gleich.
In all diesen Beispielen werden Sachverhalte einander gleichgestellt, die tatsächlich verschieden sind.

Daneben gibt es auch Fälle, in denen Gleiches ungleich behandelt wird. § 1589 Abs. 2 BGB a.F. bestimmte z.B., daß das nichteheliche Kind mit seinem Vater als nicht verwandt gelte. Dies bedeutete, daß ein nichteheliches Kind, das im Hinblick auf seine blutsmäßige Abstammung von seinem Vater einem ehelichen gleich ist, dennoch anders, also ungleich behandelt wird.
Obwohl in diesem Beispiel nicht, wie in den vorangegangenen, Verschiedenes gleich, sondern umgekehrt Gleiches verschieden behandelt wird, handelt es sich dennoch prinzipiell um die gleiche strukturelle Form. Die Gleichbehandlung von Verschiedenem findet ihr Spiegelbild in der Ungleichbehandlung von Gleichem.

In anderen Fällen werden vorhandene Umstände als nicht vorhanden angesehen.

ten. Der nicht vorhandene Umstand wird also als vorhanden betrachtet. Ebenso verhält es sich mit § 370 BGB, wonach der Überbringer einer echten Quittung als zum Empfang der Leistung ermächtigt angesehen wird. Die nicht vorhandene Ermächtigung wird als vorhanden betrachtet.
Daß der Gesetzgeber gelegentlich etwas nicht Vorhandenes nicht nur als schlechthin vorhanden ansieht, sondern als bereits in der Vergangenheit oder im Verhältnis zu bestimmten Personen vorhanden, ändert nichts daran, daß in all diesen Fällen eine ungleiche Behandlung vorliegt, so daß es sich immer prinzipiell um die gleiche strukturelle Form handelt.
Im § 263 Abs. 2 BGB ist bestimmt, daß bei der Wahlschuld die gewährte Leistung als von Anfang an als allein geschuldet anzusehen sei. Im § 674 BGB ist angeordnet, daß dann, wenn ein Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, dieser zugunsten des Beauftragten bis zur Erlangung der Erkenntnis vom Erlöschen bestehen bleibt. Nach der Konstruktion des Gesetzes handelt es sich hierbei nicht um ein relatives Fortbestehen des Auftrages, sondern darum, daß dieser zunächst einmal gänzlich erlischt. Dies ergibt sich daraus, daß das Erlöschen des Auftrages eine der Voraussetzungen des geregelten Sachverhaltes ist ("Erlischt der Auftrag auf andere Weise als durch Widerruf ..."). Der nicht mehr existente Auftrag wird im Verhältnis zum Beauftragten als noch bestehend angesehen. Dies geschieht aber nur in der Relation zu einer bestimmten Person.
Eine ähnliche Regelung findet sich im § 1063 Abs. 2 BGB, wonach der Nießbrauch trotz Zusammentreffens von Eigentum und Nießbrauch in einer Hand als nicht erloschen gilt, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Nießbrauchs hat. Hier hat der Gesetzgeber nicht die Konsolidationswirkung des Zusammentreffens von Eigentum und Nießbrauch in einer Hand zugunsten des inter-

essierten Eigentümers beschränkt, sondern in Abs. 1 der Vorschrift den Grundsatz aufgestellt, daß die Konsolidation zum Erlöschen des Nießbrauchs führt. Der somit erloschene, also nicht mehr bestehende Nießbrauch, wird zugunsten des Eigentümers unter bestimmten Voraussetzungen als fortbestehend angesehen.

Die gleiche Erscheinung ist im § 49 Abs. 1 BGB festzustellen.
Danach gilt der in Liquidation befindliche Verein bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit es der Zweck der Liquidation erfordert. Eine Liquidation muß dann stattfinden, wenn das Vermögen des rechtlich schon erloschenen Vereins nicht an den Fiskus fällt (§ 47 BGB). In § 49 Abs. 2 BGB wird also so getan, als sei der nicht mehr existente Verein in einigen Beziehungen noch vorhanden.
Der Gesetzgeber hätte auch in der Weise vorgehen können, daß der Auflösungsgrund nicht zum gänzlichen Erlöschen des Vereins führt, sondern daß dieser, soweit es der Liquidationszweck erfordert, bestehen bleibt. Daß der Gesetzgeber gelegentlich in dieser Weise verfährt, läßt sich an dem Beispiel des § 1256 BGB zeigen. In dieser Vorschrift ist sowohl die Konstruktion enthalten, daß ein untergegangenes Recht relativ als fortbestehend betrachtet wird, wie auch die Figur, wonach ein Recht schon nicht im ganzen Umfange erlischt.
Im § 1256 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Grundsatz aufgestellt, daß das Pfandrecht erlischt, wenn es mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft. In Satz 2 der Vorschrift wird der Fall geregelt, daß einem Dritten ein Recht an der Forderung zusteht, für die das Pfandrecht bestellt wurde. Es heißt dort, daß das Erlöschen des Pfandrechts nicht eintrete, solange das Recht an der Forderung bestehe. Durch diese Regelung wird der Umfang der Konsolidationswirkung eingeschränkt, indem der in Abs. 1 Satz 1 aufgestellte Grundsatz beschränkt wird. Deshalb wird auch nicht etwas nicht Vorhandenes als noch vorhanden betrachtet, sondern das Erlöschen

des Pfandrechts wird in gewünschtem Umfange verhindert. Eine Fiktion ist mithin in dieser Vorschrift nicht enthalten.
In Abs. 2 der genannten Vorschrift ist demgegenüber die Situation geregelt, daß der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestand des Pfandrechts hat. Zur Lösung dieses Konfliktes wird jedoch nicht mehr angeordnet, daß das Erlöschen nicht eintrete, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Pfandrechts habe, sondern daß das Pfandrecht unter Aufrechterhaltung des Grundsatzes, wonach Konsolidation zum Erlöschen des Pfandrechts führt, im Umfange des Eigentümerinteresses als nicht erloschen gelte. Da in diesem Falle etwas nicht mehr Vorhandenes als noch bestehend angesehen wird, handelt es sich um eine Fiktion.

Außer im BGB lassen sich auch in anderen Gesetzeswerken Fiktionen finden. So gelten z.B. nach § 138 Abs. 3 ZPO nicht ausdrücklich bestrittene Tatsachen unter bestimmten Voraussetzungen als zugestanden. Das nicht vorhandene Geständnis wird als vorhanden angesehen.
§ 815 Abs. 3 ZPO bestimmt, daß die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher im Rahmen der Zwangsvollstreckung als Zahlung von seiten des Schuldners gelte. Eine Fiktion ist auch im § 269 ZPO enthalten, wonach die Einwilligung zur Klageänderung angenommen wird, wenn sich der Beklagte in der mündlichen Verhandlung rügelos auf die veränderte Klage einläßt. Die in Wirklichkeit nicht vorhandene Einwilligung wird als vorhanden betrachtet.
Weitere Beispiele für Fiktionen finden sich in den §§ 331 ZPO (Versäumnisurteil gegen den Beklagten), 439 Abs. 3 ZPO (Anerkennung der Echtheit einer Urkunde) und § 894 ZPO (Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung).

Fiktionen verwendet der Gesetzgeber aber auch

im Strafgesetzbuch, wo nach § 252 der Dieb unter bestimmten Voraussetzungen einem Räuber und nach § 255 der Erpresser einem Räuber gleichgestellt wird.
In allen genannten Fällen besteht übereinstimmend die strukturelle Form der Fiktion darin, daß Verschiedenes gleichgestellt bzw. Gleiches differenziert wird.

Zusammenfassend kann also dieses Verfahren als die strukturelle Form der juristischen Fiktion bezeichnet werden. In dieser Beziehung gleicht sie der erkenntnistheoretischen Fiktion.
Der wesentliche Unterschied beider Fiktionsarten wird indessen deutlich, wenn nach dem Vergleichsmaßstab gefragt wird, der jeweils anzulegen ist und unter dessen Geltung eine Rechtfertigung dafür gefunden werden muß, daß Gleiches verschieden bzw. Verschiedenes gleich behandelt wird.
Bei der erkenntnistheoretischen Fiktion hat es sich gezeigt, daß das Verschiedene sich unter einem bestimmten Gesichtspunkt bis zur Unterschiedslosigkeit annähern ließ. Dabei war ein naturwissenschaftlicher Vergleichsmaßstab angelegt worden.
Die Rechtfertigung der juristischen Fiktion muß indessen am Maßstab rechtlicher Vergleichbarkeit beurteilt werden.
Allerdings scheint der strukturellen Form der juristischen Fiktion, besteht sie doch in der Gleichstellung von Verschiedenem bzw. in der Differenzierung von Gleichem, ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot immanent zu sein. Die Frage nach der Rechtfertigung eines solchen Verfahrens erscheint daher besonders dringlich.

3. KAPITEL

DIE GESETZESFIKTIONEN ALS PROBLEME GERECHTER RECHTSSÄTZE

Ob juristische Fiktionen aufgrund ihrer strukturellen Form ein Problem gerechter Rechtssätze sind, hängt mit davon ab, welche Funktion sie in einem Rechtssatz haben, ob sie in einem gerechtigkeitsrelevanten Zusammenhang stehen.

1. Betrachtet man die zitierten Beispiele, so ist festzustellen, daß Gesetzesfiktionen nicht Bestandteil einer Tatbestand und Rechtsfolge enthaltenden Norm sind, sondern sich in der Gleichstellung verschiedener bzw. der Differenzierung gleicher Sachverhalte erschöpfen. Dabei kann sich die Fiktion auf natürliche Sachverhalte beziehen, wie etwa in § 95a Abs. 1 BGB, wo das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drukken usw. einander gleichgestellt werden. Sie kann aber auch rechtliche Verhältnisse zum Gegenstand haben, wie dies in § 49 BGB der Fall ist, wo die rechtliche Existenz eines Vereines behandelt wird. Die Gesetzesfiktion entfaltet jedoch immer unmittelbare Auswirkungen nur im Bereich der Sachverhalte. Sie stellt also im Aufbau der Rechtsnorm einen Tatbestandsteil dar. Gesetzesfiktionen erweitern den Tatbestand einer Rechtsnorm oder einer ganzen Gruppe von ihnen oder sie schränken sie ein.

Für § 114 BGB bedeutet dies z.B., daß die §§ 107 - 113 BGB, die für die beschränkte Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen gemäß § 106 BGB maßgebend sind, in ihren Tatbeständen dahin erweitert werden, daß die rechtlichen Anordnungen dieser Vorschriften auch für die wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten gelten.

Durch § 911 BGB werden die Tatbestände der für die Früchte eines Grundstückes geltenden Vorschriften insofern erweitert, als sie auch auf die von einem Nachbargrundstück herübergefallenen Früchte erstreckt werden. Während also die unmittelbare Wirkung der Gesetzesfiktionen in der Veränderung von Tatbeständen liegt, bewirken sie mittelbar die Ausdehnung bzw. Einschränkung von Rechtsfolgen. Von ihrer Wirkung her sind sie demnach besondere Formen der Verweisung bzw. Einschränkung [9].
Da somit die Gesetzesfiktionen einen unmittelbaren Bezug zu der Fassung eines juristischen Tatbestandes und also auch mittelbar Auswirkungen auf die angeordneten Rechtsfolgen haben, hängt von ihnen auch die Richtigkeit konkreter Rechtsentscheidungen ab. Sie müssen daher einer Gerechtigkeitskontrolle unterworfen werden. Sie können ein Problem gerechter Rechtsentscheidungen sein.

Diese Gerechtigkeitskontrolle kann naturgemäß nicht eine Überprüfung der Richtigkeit der Fiktionen in einem naturwissenschaftlichen Sinne sein, etwa ob das nichteheliche Kind tatsächlich nicht mit seinem Vater verwandt ist oder ob fingierte Willenserklärungen wirklich abgegeben worden sind. Sie müssen viel-

---

9) Vergl. L a r e n z , Methodenlehre S. 200: "Gesetzesfiktionen bezwecken in der Regel die Anwendung der für den einen Tatbestand (T 1) gegebenen Regel auf einen anderen Tatbestand (T 2). Sie sind verdeckte Verweisungen (verdeckte Einschränkungen).";

K e l s e n , Zur Theorie der juristischen Fiktionen S. 640:"Die rechtliche Fiktion ist nichts anderes als eine abbrevierende Ausdrucksweise, durch die sich der Gesetzgeber eine selbständige Regelung dieser Fälle erspart ...";ebenso W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 450 und E s s e r , Rechtsfiktionen S. 26.

mehr darauf überprüft werden, ob sie das zu leisten vermögen, was von ihnen aufgrund ihres funktionalen Zusammenhanges zu verlangen ist.
Dieser Zusammenhang ergibt sich aus den Zielen der Rechtssetzung und Rechtsverwirklichung, die nicht, wie die der Naturwissenschaften, in der Auffindung und dem Verstehen von Naturgesetzen bestehen. Es ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers, mit Hilfe der Gesetze die Erkenntnis objektiver Wirklichkeit zu ermöglichen. Gesetze haben regelnden Charakter. Sie bezwecken Interessenausgleich, indem sie den sozialen Konflikt vermeiden, oder wo er bereits eingetreten ist, lösen helfen. Anders ausgedrückt: Aufgabe des Rechts ist der "konkrete Ausgleich sozialer Interessen und die Durchsetzung konkreter Wertentscheidungen der Gemeinschaft, für die es gelten soll" [10]. Die Maßstäbe, nach denen der Ausgleich der allseitigen Interessen erfolgen soll, müssen die der Gerechtigkeit sein, weshalb Richtigkeitskontrolle bei juristischen Fiktionen Gerechtigkeitskontrolle bedeutet [11].

2. Wenn also der Gesetzgeber verschiedene Sachverhalte gleich regelt, und dies mit Hilfe der Fiktion erreicht, so muß der Vergleich der Sachverhalte ergeben, daß sie trotz ihrer tatsächlichen Verschiedenheit im Hinblick auf die getroffene Regelung gleichwertig sind. Nur in der Bejahung dieser Frage kann ihre Rechtfertigung liegen. Damit ist allerdings vorausgesetzt, daß Gleichheit und Verschiedenheit unter verschiedenen Gesichtspunkten

---

10) K a u f m a n n - H a s s e m e r , Grundprobleme S. 20.

11) Vergl. L a r e n z , Methodenlehre S. 182: "Der Rechtssatz ... unterliegt nicht dem Kriterium der Wahrheit, sondern dem der Gerechtigkeit".

nicht einheitlich beurteilt werden müssen, eine Frage, auf die noch eingegangen wird.

Wie bei der erkenntnistheoretischen Fiktion der Erkenntniszweck den naturwissenschaftlichen Vergleichsmaßstab für die Beurteilung der Ähnlichkeit der Sachverhalte vorschreibt, so bestimmt die Aufgabe der Gesetze, Gerechtigkeit zu verwirklichen, den Vergleichsmaßstab der Gesetzesfiktionen. Eben in diesem Punkte zeigt sich die Eigenständigkeit und das spezifisch rechtliche der Gesetzesfiktion.
Es verdient eine besondere Hervorhebung, daß juristische Fiktionen ihren spezifischen Vergleichsgesichtspunkt haben, ohne dessen Beachtung sie nicht verstanden werden können. Kein Vergleich, also auch nicht der in der juristischen Fiktion enthaltene, kann ohne seinen Vergleichsmaßstab begriffen werden. Läßt man sich allerdings von der strukturellen Form der juristischen Fiktion dazu verleiten, die tatsächlichen Verhältnisse als maßgebendes Kriterium zu sehen, so kann dies ein unüberwindliches Hindernis für eine gerechte Rechtsentscheidung sein.

Wenn im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Gesetzesfiktionen festgestellt wird, daß ihr Vergleichsmaßstab ein spezifisch rechtlicher ist, so wird damit vorausgesetzt, daß die Ähnlichkeit bzw. Unähnlichkeit von Sachverhalten je nach dem Aspekt unterschiedlich zu beurteilen ist und außerdem eine absolute Abhängigkeit der rechtlichen Gleichwertigkeit von der tatsächlichen Ähnlichkeit nicht besteht. Dies vorausgesetzt, läßt sich die Widersprüchlichkeit der Gesetzesfiktion als Mittel der Rechtssetzung aufheben. Wenn man die Fiktion so kennzeichnet, daß sie die bewußte Gleichstellung von Verschiedenem sei [12],

12) Vergl. L a r e n z , Methodenlehre S. 199.

so ist in dieser Aussage jeweils der Vergleichsgesichtspunkt mitzudenken, unter dem zwei Sachverhalte verschieden und in dem sie gleichgesetzt sind. Man könnte deshalb sagen, daß Fiktionen tatsächlich Verschiedenes im Bewußtsein der Ähnlichkeit in einer rechtlichen Beziehung gleich behandeln.
Daß die durch die Gesetzesfiktion gleich behandelten Sachverhalte unter einem tatsächlichen Gesichtspunkt verschieden sind, ist dem Fiktionsbegriff immanent, wie die Untersuchung ihrer strukturellen Form gezeigt hat.

Daß Fiktionen dennoch gerechtfertigt werden können, hat zur Voraussetzung, daß das Urteil über ihre Ähnlichkeit bzw. Verschiedenheit Aspekt bezogen ist.
Dabei ist die Vergleichbarkeit nicht einmal unter allen tatsächlichen Gesichtspunkten gegeben, wie dies auch nicht bei allen rechtlichen Maßstäben der Fall ist. So ist etwa ein bebautes Grundstück einem unbebauten darin ähnlich, daß beide unbewegliches Vermögen sind, oder daß z.B. beide in der Stadtmitte oder an einer Straßenkreuzung oder am Hang liegen. Sie sind sich jedoch in der Tatsache unähnlich, daß das eine Grundstück bebaut das andere unbebaut ist. Sie können darüberhinaus auch in anderen Beziehungen unähnlich sein, etwa was die Bodenbeschaffenheit angeht usw. [13]

In gleicher Weise ist rechtliche Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit nicht unbedingt durchgängig.
So gleichen sich der wegen Geistesschwäche Entmündigte und der Minderjährige, der das 7.

---

13) Vergl. B r u n n e r , Erkenntnistheorie S. 174:"Aber es gibt keine zwei völlig gleiche wirkliche Seiende, denn sie unterscheiden sich dadurch, daß das Sein des einen nicht das des andern ist. Und ebenso gibt es keine zwei völlig verschiedene Seiende, weil sich alle Seienden darin gleichen, daß sie sind."

Lebensjahr vollendet hat, in der Frage der rechtlichen Schutzwürdigkeit im Rechtsverkehr. Dagegen wird etwa die Befähigung zum Führen eines Kraftfahrzeuges bei einem 18-jährigen anders beurteilt werden können, als bei einem wegen Geistesschwäche Entmündigten. Ob also zwei Sachverhalte verschieden oder gleich sind, kann nur unter einem bestimmten Vergleichsgesichtspunkt und bei wechselnden Maßstäben durchaus verschieden beantwortet werden [14].
So wenig, wie verschiedene Sachverhalte sich unter allen beispielsweise technischen oder allen rechtlichen Gesichtspunkten gleichen, so wenig folgt aus einer tatsächlichen Ähnlichkeit zweier Sachverhalte unbedingt ihre rechtliche Vergleichbarkeit oder umgekehrt, aus ihrer tatsächlichen Verschiedenheit eine rechtliche Unterschiedlichkeit.

So ist es z.B. vom Tatsächlichen her gesehen, speziell unter einem technischen Gesichtspunkt, ein Unterschied, ob jemand eine fremde Sache zu einer neuen verarbeitet oder ob er die fremde Sache bedruckt, bemalt oder beschreibt. In all diesen Fällen wird der Betreffende jedoch gemäß § 950 Abs. 1 BGB Eigentümer, sofern nicht die wertsteigernde Leistung erheblich geringer ist, als der Wert des Stoffes. Die rechtliche Ähnlichkeit zwischen Verarbeiten, Drucken, Malen und Zeichnen ist unter dem speziellen Aspekt der Wertsteigerung und der Frage des Eigentumserwerbes an der fremden Sache einleuchtend. Daß diese Vorgänge unter einem anderen rechtlichen Aspekt verschieden beurteilt werden können, läßt sich ebenfalls leicht vorstellen.

---

14) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 22: "Alle Dinge sind einander mehr oder weniger ähnlich oder unähnlich."

Eine rechtliche Regelung, die besonders die handwerklichen Aspekte im Auge hätte, könnte durchaus differenzieren.

Zwar besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß tatsächlich ähnliche Sachverhalte auch rechtlich ähnlich oder gleich behandelt werden. Ein notwendiger Zusammenhang in diesem Sinne besteht jedoch nicht. Nicht die rein tatsächliche Ähnlichkeit zweier Sachverhalte ist der eigentliche Grund für eine gleiche rechtliche Beurteilung, sondern die gerechtigkeitsrelevante, die mit der tatsächlichen nicht zusammenfallen muß [15].

---

15) Vergl. L a r e n z , Methodenlehre S. 359:"Die Rechtfertigung dieses Verfahrens (gemeint ist die Analogie) ergibt sich wieder aus dem Postulat der Gerechtigkeit, Gleichartiges oder besser Gleichsinniges ... rechtlich gleich zu behandeln, keineswegs schon aus einem Postulat der Logik.";
W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 449:"Juristische Lehrsätze und Entscheidungen enthalten Aussagen über Bedingungen eines rechtlichen Sollens oder Dürfens. Gegenüber jedem begriffsjuristischen Anspruch ist daran festzuhalten, daß die methodische Verknüpfung dieser Bedingungen ... weder identisch ist mit der naturgesetzlichen Verknüpfung der körperlichen Ereignisse noch eine Vermutung für sich hat, sich nach Analogie solcher natürlicher Gesetzlichkeiten zu verhalten."
Ebenso L e e n e n , Typus S. 90:"Das Gleichbehandlungsgebot besagt nicht, daß alle in einem bestimmten Merkmal übereinstimmenden Erscheinungen gleich zu behandeln sind, Wertungen also klassenlogisch einheitlich sein müssen, sondern, daß Gleichsinniges gleich zu bewerten ist."

Wenn von Verschiedenem bzw. Ähnlichem die Rede ist, so ist diese Kennzeichnung schon jeweils von einem bestimmten Gesichtspunkt mitbestimmt. Dieser Vergleichsgesichtspunkt ist bereits in die Begriffsbildung eingegangen, so daß die Kennzeichnung zweier Sachverhalte als gleich oder verschieden den begriffsimmanenten Vergleichsgesichtspunkt zur Voraussetzung hat. Ob zwei Sachverhalte verschieden oder gleich sind, wird also anhand des für die Begriffsbildung maßgebenden Gesichtspunktes beurteilt.

Wird rechtlich Gleichsinniges nicht begrifflich zusammengefaßt, sondern ist es in mehreren, unter anderen Vergleichsmaßstäben differenzierenden Begriffen enthalten, also in diese aufgesplittert, so ist die dann festzustellende Verschiedenheit aspekt-, d.h. begriffsbedingt.
Die Begriffe erfassen das Sein nämlich immer unter einem bestimmten Gesichtspunkt, so daß Trennungen vorgenommen werden, die unter anderen Gesichtspunkten unangebracht wären [16].
Wie weit Gleichheit und Verschiedenheit von der begrifflichen Fassung der Sachverhalte abhängen, läßt sich an folgenden Überlegungen erkennen. Die Aussage, daß Mann und Frau gleich seien, stößt in dieser Form auf Ablehnung, weil die Begriffe "Mann" und "Frau" in erster Linie als biologische Unterscheidungsbegriffe verstanden werden. Wegen dieses implizierten biologischen Gesichtspunktes wird der Satz: Mann und Frau sind gleich, als unrichtig beurteilt. Infolgedessen erschiene eine Fiktion des Inhalts, daß als Mann auch eine Frau gelte, unerträglich, obwohl eine solche Fiktion im Einzelfall berechtigt sein könnte.
Die Aussage, daß alle Menschen gleich seien,

---

16) Vergl. S a x , Über Rechtsbegriffe S. 141

wird hingegen weniger Widerspruch hervorrufen, obwohl in ihr auch der Satz enthalten ist, daß Mann und Frau gleich sind. Dies ist daraus zu erklären, daß der Begriff "Mensch" nicht die biologische Unterscheidungsfunktion hat, wie die Begriffe "Mann" und "Frau", sondern das die menschlichen Wesen Verbindende hervorhebt.
Versucht man dennoch, diesen Inhalt unter Verwendung der Begriffe "Mann" und "Frau" auszudrücken, so muß der dabei zunächst mitverstandene biologische Vergleichsmaßstab durch die Hervorhebung des rechtlichen Gesichtspunktes der Aussage verdrängt werden. Lautet die Aussage folglich, Mann und Frau seien gleichberechtigt oder gleichwertig, so fehlt diesen Formulierungen das Widersprüchliche, das von dem Satz, Mann und Frau sind gleich, ausgehen muß.
Für den Bereich des Rechts liegt das Problem darin, mit Begriffen arbeiten zu müssen, die entweder nicht unter einem rechtlichen oder wenigstens nicht unter dem speziell benötigten Gesichtspunkt gebildet sind. Aus diesem Zusammenhang beziehen Gesetzesfiktionen zum Teil ihre Existenzberechtigung, weil ihre Leistung darin besteht, rechtlich Gleichsinniges über begriffliche Grenzen hinweg zusammenzufassen.
So ist die Fiktion in § 114 BGB z.B. dadurch bedingt, daß es einen einheitlichen Begriff für die Kennzeichnung des im Sinne der beschränkten Geschäftsfähigkeit schutzwürdigen Personenkreises nicht gibt, der die erforderliche Präzision aufweist. Minderjährige und aus bestimmten Gründen Entmündigte sind begriffliche Bezeichnungen, die jeweils unter einem bestimmten rechtlichen, aber nicht übereinstimmenden Aspekt gebildet sind. Soweit es die Schutzwürdigkeit im Rechtsverkehr angeht, sind die bezeichneten Personenkreise rechtlich gleichwertig. § 114 BGB stellt sie daher auch "in Ansehung der Geschäftsfähigkeit" gleich.

Gäbe es einen präzisen Begriff, der zusammenfassend die im Geschäftsverkehr schutzwürdigen Personen bezeichnete, so könnte § 114 BGB unter Verwendung dieses Begriffes lauten, daß Personen des Begriffes X nach Maßgabe der §§ 107 - 113 BGB in der Geschäftsfähigkeit beschränkt seien. Die Existenz eines solchen Begriffes vorausgesetzt, wäre die Fiktion des § 114 BGB überflüssig. Die Existenzmöglichkeit für diese Fiktion ist also durch das Fehlen eines Begriffes eröffnet, der das rechtlich Gleichsinnige zusammenfaßt, das so über mehrere Begriffe sich erstreckt.

3. Nunmehr wird auch deutlich, in welchem Verhältnis juristische Fiktionen zur Wirklichkeit stehen. Der Wirklichkeitsbezug von Rechtsnormen ist nicht ein solcher wie der von Sätzen, die die Wirklichkeit beschreiben und behaupten, diese sei so oder anders. Fiktionen enthalten demnach auch nicht die Behauptung, die gleichgestellten Sachverhalte seien bei objektiver Wirklichkeitsbetrachtung gleich. Dies folgt daraus, daß der Sinn rechtlicher Zuordnung darin besteht, Rechtsfolgen in Geltung zu bringen. § 911 BGB z.B. hat nicht die Absicht zu behaupten, die auf ein Nachbargrundstück hinübergefallenen Früchte seien tatsächlich dort gewachsen. Eine solche Selbstverleugnung desjenigen, der die tatsächlichen Verhältnisse kennt, kann der Gesetzgeber nicht verlangen und ist er auch nicht genötigt [17]. Es kann

---

17) Vergl. E s s e r , Rechtsfiktionen S. 26: "Die oft geäußerte Meinung es gebe ... noch 'eigentliche', 'echte' Rechtsfiktionen, die unter Verdunkelung der Rechtswahrheit dem Richter eine Tatsachenverdrehung zumuten, muß ins Reich der Phantasie verwiesen werden und ist nur als Ausdruck einer völligen Verkennung des Gebotscharakters des Rechts verständlich."

also nicht davon ausgegangen werden, daß die Fiktion dem Juristen aufgebe, "sich das tatsächliche Verhältnis anders zu denken als es ist" [18].
Die Aussage des § 911 BGB bezieht sich eben nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse sondern auf die rechtlichen. "Wahr" ist an § 911 BGB, daß das rechtliche Schicksal für die hinübergefallenen und dort gewachsenen Früchte unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten gleichbehandelt werden kann, nicht hingegen, daß jene Früchte nicht hinübergefallen sondern dort gewachsen seien.

Die Zulässigkeit der Gleichbehandlung verschiedener Sachverhalte, die Rechtfertigung der Gesetzesfiktionen also, ergibt sich aus der rechtlichen Gleichsinnigkeit des Verschiedenen. Nur insofern das tatsächlich Verschiedene in einem rechtlichen Sinne übereinstimmt, ist die Fiktion wahr und richtig. Diese Wahrheit meint offenbar auch K a u f m a n n [19], wenn er von der Fiktion sagt, sie sei nur dann brauchbar, wenn "wenigstens ein Stück Wahrheit in ihr zum Ausdruck" komme. Nur diese Wahrheit kommt in Betracht, denn ein "Rechtssatz als solcher ist nicht wahr oder falsch, weil er keine Behauptung enthält sondern eine Anordnung darstellt; er unterliegt nicht dem Kriterium der Wahrheit, sondern dem der 'Richtigkeit' einer Rechtsordnung, der Gerechtigkeit" [20].
Die Fiktion darf also nicht mit einer Hypothese verwechselt werden, die auf die tatsächliche Richtigkeit ihrer Aussage pocht [21].
Wenn der Gesetzgeber Fiktionen verwendet, be-

---

18) So allerdings: J h e r i n g , Der Geist des römischen Rechts S. 299; W a c h , Handbuch des Zivilprozeßrechts I S. 302.

19) K a u f m a n n , Analogie S. 19.

20) L a r e n z , Methodenlehre S. 182.

21) V a i h i n g e r , Philosophie S. 39, der vor dieser Verwechselung warnt.

absichtigt er nicht, Tatsachen zu schaffen, sondern Rechtsfolgen herbeizuführen [22].

Es kann daher festgestellt werden, daß Fiktionen entgegen dem durch ihre Struktur hervorgerufenen Eindruck ihrer Absicht nach kein Problem für gerechtes Recht und auch kein Wirklichkeitsproblem sind, sondern ein Ausdrucksmittel für die Darstellung rechtlicher Zusammenhänge bilden. Die Problematik für die gerechte Rechtsentscheidung liegt in ihrer Struktur begründet, die die Ermittlung des richtigen Vergleichsgesichtspunktes zur Aufgabe macht.

Was nun die sprachliche Bedingtheit der Fiktionen angeht, so läßt sich die Frage stellen, ob den begrifflichen Gegebenheiten, die als Existenzvoraussetzungen der Fiktionen erkannt wurden, nicht dadurch ausgewichen werden kann, daß das Recht Begriffe verwendet, deren Umfang sich mit den Grenzen des rechtlich Gleichwertigen deckt. Damit ist nach der Möglichkeit eines speziellen rechtlichen Begriffssystems und nach dem Maß der begrifflichen Abhängigkeit der rechtlichen Fiktionen gefragt.

4 KAPITEL

ABHÄNGIGKEITEN DER FIKTIONEN VOM BEGRIFFSSYSTEM

Begriffe, die jeweils nur rechtlich Gleich-

---

22) Vergl. B e r n h ö f t , Zur Lehre von den Fiktionen S. 5/6 und V a i h i n g e r , Philosophie S. 258.

sinniges zusammenfaßten, könnten Fiktionen überflüssig machen. Ob damit dem Recht allerdings in jeder Hinsicht gedient wäre, ist eine andere Frage.
Zunächst kann schon nicht von der Möglichkeit ausgegangen werden, ein derartiges Begriffssystem in Perfektion zu schaffen. Da solche Begriffe unter dem jeweiligen rechtlichen Gesichtspunkt gebildet werden müßten, müßte ein vollständiges System so viele Begriffe enthalten, wie es rechtliche Wertungen geben kann. Angesichts der Vielfalt der möglichen rechtlichen Wertungen scheidet ein solcher, Perfektion anstrebender Versuch aus. Darüberhinaus könnte ein solches Begriffssystem wegen seiner Unbeweglichkeit dem Wandel rechtlicher Wertungen nicht genügen.

Abgesehen davon, scheitert ein vollständiges, ausschließlich rechtliches Begriffssystem an der Abhängigkeit des Gesetzgebers von der in der Rechtsgemeinschaft gesprochenen Sprache. Eine totale Fachsprache, zu der ein spezielles rechtliches Begriffssystem führen müßte, wird dadurch verhindert. Die Rechtssprache wäre nur noch dem verständlich, der Einsicht in die jeweiligen, dem Begriff zugrunde liegenden Wertungen hätte. Gesetze wären damit nur den Eingeweihten verständlich, was mit der Funktion von Gesetzen unvereinbar wäre.
Adressaten der Gesetze sind die Rechtsunterworfenen schlechthin. Gesetze wollen Sachverhalte regeln, die meist in der Sprache der Rechtsunterworfenen bereits begrifflich erfaßt sind. Aus Gründen der Verständlichkeit kann daher auf den Gebrauch solcher Begriffe nicht verzichtet werden.
Die Angewiesenheit des Gesetzgebers auf die Alltagssprache folgt also aus der Sprache des Adressaten der Gesetze und dem zu regelnden Stoff.

Wenn F o r s t h o f f [23] sagt, daß eine terminologische Übung, die dem Gesetz den Normadressaten zuweise, an dem Wesen des Gesetzes vorbeigehe, so scheint allerdings diese These in Frage gestellt.
Indessen kann nicht von einem solchen Wesen des Gesetzes ausgegangen werden, das von vorneherein auf eine geistige Korrespondenz mit den Rechtsunterworfenen verzichtet. Im Wesen des Rechts liegt es vielmehr, daß es jemanden anspricht [24].
Das Gesetz bildet als gesetztes Recht "eine Stufe auf dem Weg zur Annäherung an die reine Rechtsidee als Hilfsmittel für diejenigen, welche im Sein des Rechtslebens stehen und aufgerufen sind, das Recht zu verwirklichen" [25]. Auch L a r e n z [26] weist daraufhin, daß sich ein Gesetz "schon aus Gründen der Verständlichkeit nicht allzuweit vom allgemeinen Sprachgebrauch entfernen darf". H e n k e l [27] betont, daß das Recht "weder durch ein Code besonderer Zeichen und Formeln - wie sie z.B. in der Mathematik verwandt werden - noch in einer fremden Sprache verkörpert werden (kann)", sondern "in seinem sprachlichen Ausdruck auf die in der Sozietät gesprochenen Sprache bzw. eine Mehrheit solcher Sprachen" angewiesen ist. Den Grund sieht H e n k e l darin, daß das Gesetz nur auf diese Weise "die erwähnte Allgemeingültigkeit der Sinngebung erreichen kann, deren es als geltendes Recht bedarf. Der Rechtstext als Sprach-

---

23) F o r s t h o f f , Recht und Sprache S. 8.

24) D ö l l e , Rechtssprache S. 10.

25) D ö l l e , Rechtssprache S. 10.

26) L a r e n z , Methodenlehre S. 204.

27) H e n k e l , Rechtsphilosophie S. 51.

werk basiert auf dem Gemeingebrauch der Sprache" [28].
Damit ist nicht die Zulässigkeit, ja Notwendigkeit einer rechtlichen Fachsprache geleugnet. Werden Begriffe der Alltagssprache in einen gesetzlichen Tatbestand übernommen, so bleiben sie in ihrer Bedeutung davon nicht unbeeinflußt, sondern erscheinen sogleich im besonderen Lichte der jeweiligen Normintension. R a d b r u c h [29] nennt dies die teleologische Umformung der Begriffe [30].

Darüberhinaus kann auch nicht verlangt werden, daß Gesetze stets von allen Rechtsunterworfenen verstanden werden. Es geht vielmehr darum, Gesetze nicht von vorneherein in ihrer Bedeutung auf die Funktion als Maßstab nachträglicher Beurteilung menschlichen Verhaltens und sozialer Zustände zu beschränken, sondern in ihnen Leitlinien als Bestandteile des gesellschaftlichen Bewußtseins zu sehen. Die Verständlichkeit von Gesetzen darf daher nicht auf einen kleinen Kreis von Sachverständigen ausgerichtet sein. Es wird sich sicher nicht vermeiden lassen, daß in manchen Fällen der Zugang des Laien zum Recht erst in der konkreten Rechtsentscheidung möglich wird, daß also die Rechtsentscheidung ihm erst das Gesetz verdeutlicht [31]. Dies

---

28) H e n k e l , Rechtsphilosophie S. 51, ebenso C o i n g , Grundzüge S. 273.

29) R a d b r u c h , Rechtsphilosophie S. 22o.

3o) Vergl. auch S a x , Rechtsbegriffe S. 134 und K a u f m a n n , Analogie S. 24: "Dazu ist zu bedenken, daß praktisch alle juristischen Begriffe, auch die sogenannten deskriptiven, analoge Begriffe sind, weil sie nie etwas nur Anschauliches, sondern immer (zumindest auch) eine geistigen, einen spezifisch rechtlichen Sinn zum Ausdruck bringen."

31) Vergl. L e e n e n , Typus S. 94

kann jedoch nicht als ideal gelten und wird außerdem je nach der Gesetzesmaterie mehr oder weniger in Erscheinung treten.
Das Erfordernis der Verständlichkeit wird beispielsweise im Bereich des Strafrechts deutlich, wo eine auf dem Verschulden des Straftäters begründete Sanktion nicht mehr überzeugend wäre, wenn Strafgesetze in einer die Sprachgewohnheiten und die Begriffswelt der Allgemeinheit ignorierenden Form abgefaßt wären und den Rechtsunterworfenen mit seinem mehr oder weniger empfindsamen und zuverlässigen Gewissen alleine ließen.

Darüberhinaus müßte ein Gesetzgeber, der eine spezifische Rechtssprache in Abkehr von der Alltagssprache schaffen wollte, einen Verzicht auf den Sinn und Ordnungsgehalt der Begriffe der Alltagssprache leisten, womit das Verständnis der zu regelnden Lebenssachverhalte als Voraussetzung für den sachgerechten Vollzug der rechtsanwendenden Analogie verloren ginge[32]. Wäre aber ein Rückgriff auf den Sinn der Lebenssachverhalte, der sich in der Begriffsbildung ausdrückt, unmöglich, so wäre zugleich die Wertung, die in der Gegenüberstellung der konkreten Situation mit der Norm gefunden wird, gefährdet und sie drohte den Kontakt zum Lebenssachverhalt zu verlieren. An die Stelle der Begriffe der Alltagssprache wären Begriffe gesetzt, aus denen das Leben gewissermaßen ausgetrieben wäre. Es bestünde die Gefahr, daß

---

32) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 47: "Soweit aber terminologisch an die Umgangssprache angeknüpft wird, läßt sich auf dem Gebiet gesetzgeberisch freier Bewertung das Wort nicht willkürlich verwenden, will man den Ordnungssinn nicht verdrehen oder verfälschen."

"die Beziehung des Begriffsmerkmals auf den Gerechtigkeitswert des Sachverhalts unkontrollierbar, gleichsam mythologisch werden kann" [33].

Rechtsfiktionen befinden sich also in einer fundamentalen, nicht abänderbaren Abhängigkeit von sprachlichen Gegebenheiten. Eine totale Fachsprachlichkeit läßt sich nicht erreichen und ist auch nicht wünschenswert. Es kann daher höchstens von einem Mehr oder Weniger an Fachsprache die Rede sein, so daß die begriffliche Bedingtheit der Fiktion sich allenfalls vermindern, keinesfalls aber aufheben läßt. Fiktionen stellen an den begrifflichen Grenzen die Verbindung des rechtlich Gleichsinnigen her, wo es einen einheitlichen Begriff nicht gibt [34].

---

33) W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 445.
Vergl. auch H a t z , Rechtssprache S. 64, der von einer "juristischen Begriffsalgebra" spricht, die vom allgemeinen Sprechen und Denken losgelöst und damit sozial beziehungslos würde."

34) Vergl. S a x , Über die Rechtsbegriffe S. 147: "Will (der Gesetzgeber) eine gesetzliche Regelung auf einen Sachverhalt übertragen wissen, der zum geregelten Sachverhalt im begrifflichen Verhältnis der Kontradiktion steht, so muß er dies ausdrücklich selbst anordnen und sich dafür des Hilfsmittels der Fiktion bedienen."

5. KAPITEL

ABGRENZUNG DER FIKTIONEN VON DEN DEFINITIONEN

Zur besseren Erkenntnis der Fiktionen ist es erforderlich, diese von anderen Erscheinungen abzugrenzen, die sich in ihrer Nachbarschaft befinden und mit ihnen verwechselt werden können.
Zu diesem Zweck gilt es, die Grenzlinie zu den gesetzlichen Definitionen zu ziehen.

Von den Definitionen kann zunächst gesagt werden, daß sie in enger Beziehung zu der Bedeutung stehen, die die Sprache für das Recht hat. Diese ergibt sich daraus, daß es ohne Sprache auch kein Recht geben kann, das in menschliches Leben hineinwirkt. Es wird von der Sprache gesagt, daß sie die "Bauelemente für das positive Recht zur Verfügung (stelle)" [35], daß sie das "Werkzeug des Denkens, der Leib des Gedankens" sei [36].
Es muß hinzugefügt werden, daß die Sprache das Kommunikationsmittel gegenüber der Rechtsgemeinschaft ist, so daß das Maß, in welchem diese Kommunikation gelingt, von der Qualitet der verwendeten Sprache abhängt.
Es ist daher einleuchtend, daß der Gesetzgeber ein besonderes Augenmerk auf die Funktionstüchtigkeit der von ihm verwendeten Sprache richten muß
So sehr das Recht der Sprache bedarf, um überhaupt existent zu werden, so sehr ist es andererseits den Mängeln der Sprache ausgesetzt,

---

35) H e n k e l , Rechtsphilosophie S. 48.

36) B r u n n e r , Erkenntnistheorie S. 21.

weil durch die Sprache auch deren Unschärfen auf das Recht übertragen werden [37]. Weil aber solche Unschärfen und Unklarheiten der Sprache die inhaltliche Aussage des Rechts selbst belasten, sind Klarstellungen sprachlicher Bedeutungen erforderlich, weshalb Definitionen zu den unentbehrlichen Mitteln des Gesetzgebers gehören [38].

Eine von der Sprache "ererbte" Unschärfe des Rechts kann sich dort ergeben, wo der Gesetzgeber Begriffe der Alltagssprache übernimmt. Solche Begriffe weisen oft nicht die für die Zwecke des Rechts erforderliche Genauigkeit auf [39]. Neben dieser, den Begriffen schon eigenen Unschärfe ist ein weiterer Faktor zu berücksichtigen, der zu einer Bedeutungsverschiebung der Begriffe und damit auch zu einer Unschärfe führen kann.
Es handelt sich dabei um den Einfluß des rechtlichen Zusammenhanges, in den ein Begriff hineingestellt wird. Damit ist gemeint, daß die meist unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Anschauung gebildeten Begriffe der Alltagssprache von dem jeweiligen rechtlichen Sinnzusammenhang überlagert werden und dabei eine "teleologische Umformung" erfahren [40].
Aber auch im Zusammenhang von speziellen Rechtsbegriffen haben Definitionen ihre Bedeutung. Dies ist einmal in dem Sinne gemeint, daß solche Begriffe ihre Existenz oft einer ausdrücklichen, konstitutiven Beschreibung ihres Inhalts, also einer Definition, verdanken.

---

37) Vergl. C o i n g , Grundzüge S. 273.

38) F o r s t h o f f , Recht und Sprache S. 45.

39) Vergl. H e n k e l , Rechtsphilosophie S. 52.

40) R a d b r u c h , Rechtsphilosophie S. 220.

Gleichwohl erreichen diese Begriffe nie die Genauigkeit, wie sie bei naturwissenschaftlichen Begriffen z.B. möglich ist[41].

Schließlich kann die Bedeutung rechtlicher Begriffe je nach dem Zusammenhang, in dem sie gebraucht werden, verschieden sein.

So wird z.B. unter den Begriffen Vorsatz und Kausalität im Strafrecht etwas anderes verstanden, als im Zivilrecht.
Wo die sprachlichen Ungenauigkeiten die Funktionsfähigkeit des Rechtssatzes gefährden, greift der Gesetzgeber durch Klarstellungen ein.
Die Definitionen, die diese Klarstellung leisten können, bestehen darin, daß Begriffsmerkmale als den Inhalt des Begriffes bestimmend aufgezählt werden. Damit wird dann eine authentische Sprachregelung erzielt. Die von den Definitionen getroffene Auswahl der Begriffsmerkmale ist allerdings nicht zufällig, sondern ist von den rechtlichen Maßstäben bestimmt, die in dem betreffenden gesetzlichen Zusammenhang maßgebend sind. In dieser Hinsicht sind die Definitionen den Fiktionen ähnlich, die ebenfalls Zusammenfassungen unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt vornehmen. Insoweit der Gesetzgeber bestimmte Merkmale durch die Definition einem bestimmten Begriff zuordnet, bewertet er die einzelnen Merkmale als im begriffsbildenden Sinn gleichwertig. Definitionen sind mithin,

---

41) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 24: "Dazu ist zu bedenken, daß praktisch alle juristischen Begriffe, auch die sogenannten deskriptiven, analoge Begriffe sind, weil sie nie etwas nur Anschauliches, sondern immer (zumindest auch) einen geistigen, einen spezifisch rechtlichen Sinn zum Ausdruck bringen."

Ähnlich auch E n g i s c h , Einführung S. 108 und L e e n e n , Typus S. 30/31.

wie Fiktionen, Bewertungen des Gesetzgebers.

Sie unterscheiden sich hingegen in ihrem Verhältnis zu den begrifflichen Grenzen. Während Fiktionen erst in Erscheinung treten, wo in Überwindung begrifflicher Grenzen rechtlich Einheitliches verbunden werden soll, halten sich Definitionen innerhalb der möglichen Grenzen der Begriffe. Für die Fiktionen folgt dieser Unterschied daraus, daß sie Verschiedenes gleich behandeln, wobei die Kennzeichnung zweier Sachverhalte als verschieden schon durch ihre begriffliche Fassung bedingt ist. Sobald also in diesem Sinne Verschiedenes gleichgesetzt wird, handelt es sich um eine Fiktion. Wird jedoch nur innerhalb der Grenzen eines Begriffes eine neue Grenzziehung vorgenommen, so geschieht dies mit Hilfe von Definitionen. Während Definitionen durch die Ungenauigkeit von Begriffen bedingt sind, sind Fiktionen eine Folge von wenigstens in ihren Grenzen bestimmten Begriffen.
Der Gesetzgeber verwendet Definitionen sowohl bei der Beschreibung von Tatbestandselementen wie auch zur Kennzeichnung von Rechtsfolgen [42]. Da Definitionen in diesem Zusammenhang von Fiktionen abgegrenzt werden sollen, Fiktionen sich aber immer auf den Sachverhaltsteil einer Norm beziehen, interessieren hier in erster Linie die tatbestandsbezogenen Definitionen.
Gelegentlich stellt der Gesetzgeber einem Gesetzeswerk eine Anzahl von Definitionen voran, um damit eine auf die Zwecke des Gesetzes abgestimmte, eindeutige Sprachregelung zu erreichen. So erhält z.B. das Waffengesetz vom 19. September 1972 (BGBl. I S. 1797) im ersten Abschnitt zahlreiche Definitionen.

In § 1 werden die Begriffe der Schußwaffe (Abs. 1), der Handfeuerwaffe (Abs. 4), der Selbstladewaffe (Abs. 5), der Schußapparate

---

42) L a r e n z , Methodenlehre S. 194.

(Abs. 6) usw. definiert.§§ 2 und 3 enthalten Begriffsbestimmungen für die Begriffe "Munition" und "Geschosse" so wie dafür, was unter wesentlichen Teilen von Schußwaffen zu verstehen ist. Der Gesetzgeber setzt diese Technik in den folgenden Vorschriften fort.

In den genannten Fällen überschreitet die gesetzliche Bestimmung die natürlichen Grenzen der Begriffe nicht. Aus diesem Grunde handelt es sich um Definitionen und nicht um Fiktionen. Der Begriff "Waffe" z.B. wird für das Waffengesetz dahin bestimmt, daß es sich um "Geräte handelt, die zum Angriff, zur Verteidigung, zum Sport, Spiel oder zur Jagd bestimmt sind und bei denen Geschosse durch den Lauf getrieben werden". Dabei wird nicht Verschiedenes gleichgestellt, da Geräte, die zum Angriff oder zur Verteidigung usw. dienen und bei denen Geschosse durch den Lauf getrieben werden, den Sinn des Begriffes Waffe nicht überschreiten. Entscheidendes Kriterium ist dabei die begriffliche Grenze und nicht die Frage, ob die gesetzliche Bestimmung seinsgemäß Verschiedenes zusammenfaßt. Die Definition des Begriffes "Schußwaffe" im § 1 Waffengesetz z.B. umfaßt seinsmäßig durchaus verschiedene Sachverhalte. Waffen sind nämlich z.B. sowohl Pistolen wie auch Gewehre, weil beide unter die Definition des § 1 Waffengesetz fallen. Da aber nicht die Begriffe Pistole oder Gewehr in Rede sind sondern ein allgemeiner Begriff, nämlich der der Waffe, kommt es nur darauf an, ob die gemeinten Sachverhalte ohne Überschreitung des Wortsinnes als Waffe aufgefaßt werden können. Die Zusammenfassung von seinsmäßig Verschiedenem ist eine notwendige Folge der Bildung von Oberbegriffen.

Nicht um eine Definition, sondern um eine Fiktion handelt es sich in § 3 Waffengesetz, wo es heißt, daß wesentliche Teile von Schußwaffen diesen gleichstehen. Um eine Definition kann es sich deshalb nicht handeln, weil

wesentliche Teile einer Schußwaffe, z.B. ein Lauf, nicht unter den Oberbegriff "Waffe" fallen. Weil also der Inhalt des Begriffes "Waffe" trotz seiner Bedeutungsweite nicht ohne Überschreitung der begrifflichen Grenze so definiert werden kann, daß unter "Waffe" auch ein Lauf zu verstehen ist, enthält § 3 Waffengesetz eine Fiktion[43].

Eine andere Definition findet sich im § 104 Abs. 3 StPO. In dieser Vorschrift wird der Begriff der Nachtzeit, der in der Alltagssprache keinen auf Stunden festgelegten Inhalt hat, näher beschrieben. Danach werden unter Nachtzeit in dem Zeitraum vom 1. April bis 30. September die Stunden von 9.00 Uhr abends bis 4.00 Uhr morgens und im übrigen die Stunden von 9.00 Uhr abends bis 6.00 Uhr morgens verstanden. Als Definition ist diese Vorschrift deshalb anzusehen, weil durch sie keine begriffliche Schranken überwunden werden.

Stellt man dieser Definition § 19 Abs. 1 Nr. 4 Bundesjagdgesetz gegenüber, wo die Nachtzeit als Zeit von 1 1/2 Stunden nach Sonnenuntergang bis 1 Stunde vor Sonnenaufgang definiert wird, so wird deutlich, daß die definitorische Begriffsbestimmung von dem rechtlichen Gesichtspunkt abhängt, unter dem sie vorgenommen wird. Während § 19 Bundesjagdgesetz die Begriffsbestimmung für das Verbot der Jagd vornimmt, geht es in § 104 StPO um die Frage, in welchem Zeitraum Durchsuchungen von Wohnraum an besondere Voraussetzungen gebunden

---

43) Vergl. L a r e n z , Methodenlehre S. 204:"Wo die definitorische Gleichsetzung zu sehr vom allgemeinen Sprachgebrauch abweicht, ist die einzige erträgliche Form die Fiktion."

sein sollen. Daß § 104 Abs. 3 StPO je nach Jahreszeit den Begriff der Nachtzeit verschieden definiert, ist ein Zeichen dafür, daß selbst unter dem gleichen rechtlichen Gesichtspunkt verschiedene Definitionen eines Begriffes möglich sind. Wie bei der Fiktion ist es daher für das rechte Verständnis einer Definition unerlässlich, den maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkt zu erfassen, unter dem die Definition vorgenommen wurde.

Eindeutig als Definition zu erkennen ist die Bestimmung in § 516 Abs. 1 BGB, wonach eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, Schenkung ist, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Die Begriffe "unentgeltliche Zuwendung" und "Schenkung" schließen sich gegenseitig nicht aus, so daß diese Vorschrift keine Fiktion enthalten kann.

Ob § 812 Abs. 2 BGB eine Definition oder eine Fiktion enthält, hängt davon ab, ob in dieser Vorschrift verschiedene Sachverhalte gleichgestellt werden oder nicht, wenn es heißt, daß als Leistung auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses gelte. Wenn der Begriff "Leistung" in seinen Grenzen so eindeutig ist, daß das Anerkennen des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses nicht darunter gefaßt werden kann, müßte die Gleichstellung im § 812 Abs. 2 BGB als Fiktion angesehen werden. Wenn hingegen der Begriff der Leistung das Anerkennen des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses nicht ausschließt, sondern eine nähere inhaltliche Bestimmung für die speziellen Zwecke des Bereicherungsrechts erlaubt, so wäre § 812 Abs. 2 BGB eine Definition.

Der Begriff "Leistung" bedeutet weder im alltäglichen noch im rechtlichen Sprachgebrauch etwas so Eindeutiges, daß nicht auch das An-

erkennen eines Schuldverhältnisses darunter verstanden werden könnte. Es handelt sich daher bei § 812 Abs. 2 BGB um eine definitorische Erläuterung des Begriffes "Leistung" unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Bereicherungsrechtes [44].

Zusammenfassend sind Definitionen und Fiktionen damit zu kennzeichnen, daß sie in der Gleichbewertung von seinsmäßig Verschiedenem unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt übereinstimmen. Während bei den Fiktionen die Verschiedenheit begrifflich zum Ausdruck kommt, läßt sich bei der Definition das seinsmäßig Verschiedene unter einen Begriff fassen.
Sie unterscheiden sich eben dadurch, daß Fiktionen begrifflich Verschiedenes gleichsetzen, während die Definitionen sich innerhalb des Sinnbereiches der Begriffe halten.

6. KAPITEL

ABGRENZUNG DER FIKTIONEN VON DEN GESETLICHEN AUSLEGUNGSREGELN

Gesetzesfiktionen und gesetzliche Auslegungsregeln bedürfen wegen ihrer gelegentlichen Ähnlichkeit ebenfalls der Abgrenzung. Die Verwechselbarkeit der genannten Erscheinungen

---

44) So auch E s s e r , Gesetzesfiktionen S. 106 und P a l a n d t - T h o m a s , § 812 Anm. 2 b.

läßt sich am Beispiel des § 6 des Futtermittelgesetzes vom 22.12.1926 (RGBl. I S. 525) zeigen. Diese Vorschrift hat folgenden Wortlaut:"Macht der Verkäufer bei der Veräußerung von Futtermitteln keine Angaben über die Beschaffenheit, so übernimmt er damit die Gewähr für die handelsübliche Reinheit und Unverdorbenheit."
Bei dieser Vorschrift ist zweifelhaft, ob das Schweigen des Verkäufers über die Beschaffenheit der Ware als stillschweigende, willentliche Gewährübernahme auszulegen ist, oder ob den Verkäufer eine Gewährleistungspflicht aus Gründen der Gerechtigkeit ohne Rücksicht auf seinen Willen trifft, so daß § 6 Futtermittelgesetz eine in Wirklichkeit nicht abgegebene Willenserklärung fingierte.
Daß die Abgrenzungsfrage zwischen Fiktion und Auslegungsregel nicht ohne praktische Bedeutung ist, ergibt sich aus den unterschiedlichen Voraussetzungen und Konsequenzen. So kann von einer Auslegungsregel nur dann gesprochen werden, wenn von dem Verkäufer überhaupt ein rechtsgeschäftlicher Wille geäußert wurde, der dann wegen seiner fehlenden Eindeutigkeit einer näheren Bestimmung bedürfte. Andererseits kann es sich nicht um die Auslegung einer Willenserklärung handeln, wenn auf die Äußerung eines rechtsgeschäftlichen Willens im § 6 keine Rücksicht genommen ist. Aus diesen unterschiedlichen Voraussetzungen ergeben sich auch entsprechende Konsequenzen. Eine durch Auslegung in ihrem Inhalt näher bestimmte Willenserklärung unterliegt in allen Hinsichten den für Willenserklärungen geltenden Regeln. Wie weit eine fingierte Willenserklärung hingegen den gleichen Vorschriften unterworfen ist, z.B. den Regeln über die Anfechtbarkeit, läßt sich nicht absolut, sondern nur für den Einzelfall klären. Aus diesen Überlegungen läßt sich Prinzipielles für die Unterscheidung von Gesetzesfiktionen und Auslegungsregeln

entnehmen.
Auslegungsregeln sind nur dann anzunehmen, wenn etwas Auszulegendes, also eine rechtsgeschäftliche Willensäußerung vorhanden ist, auf die es zudem für die gesetzliche Anordnung ankommt. So ist nach der Auslegungsregel des § 314 BGB das Zubehör einer Sache im Zweifel mitverkauft. Diese Anordnung geht von einer rechtsgeschäftlichen Willensäußerung aus, die in ihrem Inhalt näher bestimmt wird. Läßt sich dagegen ein anderer Wille feststellen, so gilt die Auslegungsregel nicht. Die Auslegungsregel hat also mit der Vermutung gemeinsam, daß sie nur im Zweifelsfalle zur Anwendung kommt. Bei der Gesetzesfiktion fehlt es hingegen überhaupt an einem rechtsgeschäftlichen Willen als Grundlage, von der das Gesetz ausgehen könnte oder wollte. Vielmehr wird bei der Fiktion in bewußter Abweichung von der Wirklichkeit eine Willenserklärung angenommen.

Diese Unterscheidung bleibt auch dann gültig, wenn man in der Auslegungsregel gelegentlich eine Gesetzesentscheidung sehen muß, die nicht unbedingt auf einen mutmaßlichen Willen Rücksicht nimmt, sondern das vom Gesetzgeber als angemessen Erachtete als unbekannt gebliebenen Willen ausgibt [45]. In jedem Falle macht die Auslegungsregel einen geäußerten Willen zu ihrer Grundlage.

Zu welchem Ergebnis die prinzipiell klar zu treffende Unterscheidung im Falle des § 6 des Futtermittelgesetzes führt, ist zweifelhaft. Der BGH [46] versteht die Bestimmung so, daß der Verkäufer der Ware deren Reinheit und Unverdorbenheit stillschweigend zusichere. Das Gericht sieht also in der ge-

---

45) Vergl. L a r e n z , Allgem. Teil S. 290, der solche Anordnungen "materiale Auslegungsregeln" nennt.

46) BGH in NJW 1972, 251.

nannten Vorschrift eine Auslegungsregel, obwohl bezweifelt werden kann, ob der Verkäufer in jedem Falle einen entsprechenden Willen entwickelt und geäußert, ja überhaupt Überlegungen über diese Frage angestellt hat. Der Wortlaut des § 6 Futtermittelgesetz, für sich betrachtet, spricht für eine Gesetzesfiktion. Es wird nämlich an die bloße Tatsache des Schweigens bei der Veräußerung die Folge geknüpft, daß der Verkäufer die Gewähr für die Reinheit und Unverdorbenheit übernehmen wolle. Die Voraussetzungen des § 6 lassen nicht erkennen, daß die genannte Schlußfolgerung sich auf ein Zeichen rechtsgeschäftlichen Willens gründet.
§ 6 Futtermittelgesetz als Auslegungsregel zu betrachten, ließe sich rechtfertigen, wenn man etwa von einem Handelsbrauch ausgehen könnte, daß nach dem Verständnis der beteiligten Kreise beim Verkauf von Futtermitteln eo ipso eine handelsübliche Qualität bezüglich Reinheit und Unverdorbenheit der Ware vorausgesetzt und die Gewähr dafür übernommen wird, sofern der Verkäufer nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges erklärt. In diesem Falle wäre das Schweigen für die Äußerung eines rechtsgeschäftlichen Willens nicht bedeutungslos, sondern als gängiges Zeichen der Gewährübernahme zu verstehen. Ein solches Verständnis der Beteiligten einmal unterstellt, hätte § 6 Futtermittelgesetz nur noch die Bedeutung, daß die rechtsgeschäftliche Bedeutung dieses konkludenten Verhaltens gesetzlich klargestellt würde.

Letztlich wäre auch zu bedenken, daß § 6 Futtermittelgesetz unter den Beteiligten im Laufe der Zeit dazu geführt haben könnte, im Schweigen des Verkäufers bezüglich der Reinheit und Unverdorbenheit von Futtermitteln eine stillschweigende Willenserklärung zu sehen. Dies bedeutet, daß durchaus ein Übergang von einer Gesetzesfiktion zu einer Auslegungsregel möglich ist.
Die rechtliche Bedeutung des § 6 Futtermit-

telgesetz endgültig zu klären, kann nicht mehr Aufgabe dieser Arbeit sein. Die Unterscheidung kann jedenfalls nur unter Beachtung der gesamten sowohl rechtlichen Zusammenhänge wie auch außergesetzlichen tatsächlichen Verhältnissen getroffen werden. Im übrigen muß es beim Aufzeigen der grundsätzlichen Trennungslinien zwischen Fiktion und Auslegungsregel sein Bewenden haben.

7. KAPITEL

ABGRENZUNG DER FIKTIONEN VON DEN GESETZLICHEN VERMUTUNGEN

Die juristische Fiktion muß auch von der Vermutung abgegrenzt werden. Wird z.B. ein nicht vorhandener Umstand als vorhanden betrachtet, so stellt sich die Frage, ob damit lediglich über das Nichtwissen, ob ein bestimmter Umstand gegeben ist, hinweggeholfen werden soll, oder ob es auf das wirkliche Vorliegen des Umstandes gar nicht ankommt.

Gesetzliche Vermutungen sind nach Rosenberg[47] Rechtssätze, die das Vorliegen einer Tatsache aus einem tatbestandsfremden Umstand folgern. Das Wesen der Vermutung liege darin, sagt Diederichsen[48],

---

47) Rosenberg, Beweislast S. 210.

48) Diederichsen, in NJW 1965, 673.

daß nach Auffassung des Gesetzgebers der tatbestandsfremde Umstand regelmäßig ein natürliches Kriterium dafür sei, daß der ursprüngliche Gesetzestatbestand erfüllt sei.
Vermutungen sprechen sich also über das Vorliegen oder nicht Vorliegen von Tatsachen aus, auf die es für die Anwendung einer bestimmten Vorschrift ankommt.

Einen Anhaltspunkt für die Klärung des Wesens der Vermutung bietet § 292 ZPO, wo sich der Gesetzgeber über die Vermutung äußert. In der genannten Vorschrift heißt es:"Stellt das Gesetz für das Vorhandensein einer Tatsache eine Vermutung auf, so ist der Beweis des Gegenteils zulässig, sofern das Gesetz nicht ein anderes vorschreibt."
Aus dieser Vorschrift läßt sich zunächst entnehmen, daß es bei der Vermutung darum geht festzustellen, ob eine Tatsache vorhanden ist oder nicht. Mit Hilfe der Vermutung sollen also Unklarheiten über die tatsächlichen Verhältnisse beseitigt werden. Dies wird mit der Überlegung erreicht, daß tatbestandsfremde Umstände gewissermaßen als übliche Begleiterscheinungen der eigentlichen Tatsache mit großer Wahrscheinlichkeit den Schluß rechtfertigen, daß sie auch im konkrten Fall nicht isoliert von der eigentlichen Tatsache auftreten.

Von dieser Aufgabenstellung unterscheidet die der Fiktion sich wesentlich. Ihr Zweck besteht nicht darin, über Schwierigkeiten der Sachverhaltsermittlung hinwegzuhelfen. Mit Hilfe der Fiktion wird vielmehr Nicht-Vorhandenes als vorhanden bzw. Vorhandenes als nicht existent betrachtet, wobei der wahre Sachverhalt bekannt ist, Unklarheiten über die tatsächlichen Verhältnisse also nicht zu beseitigen sind. Es werden Umstände, von denen man weiß, daß sie nicht vor-

handen sind, zum Maßstab der rechtlichen Beurteilung vorhandener Zustände gemacht.

Bei diesem grundsätzlichen Unterschied zwischen Fiktion und Vermutung ist beiden Erscheinungen jedoch eines gemeinsam: in beiden kommt eine Entscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck.
Während im Falle der Vermutung der Gesetzgeber bestimmt, welche Beweisanzeichen den Schluß auf eine bestimmte Haupttatsache rechtfertigen, zeigt sich in einer Fiktion die Entscheidung über die rechtliche Gleichwertigkeit verschiedener Sachverhalte.
Fiktion und Vermutung unterscheiden sich also auch innerhalb der genannten Übereinstimmung, insofern die Entscheidungen des Gesetzgebers auf verschiedenen Gebieten liegen.
Bis zu diesem Punkte lassen sich die gefundenen Ergebnisse mit § 292 ZPO vereinbaren.

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift scheint es aber auch unwiderlegbare Vermutungen zu geben, je nach dem, was der Gesetzgeber darüber bestimmt.
Geht man von den Aufgabenstellungen der Fiktion und der Vermutung aus, ist jedoch die Möglichkeit grundsätzlich unwiderlegbarer Vermutungen ausgeschlossen. Wenn Vermutungen nämlich dem Zweck dienen, das Feststellen der tatsächlichen Gegebenheiten zu erleichtern, so muß eine Vermutung von dem widerlegt werden können, der die tatsächlichen Verhältnisse kennt und weiß, daß sie sich nicht mit der Vermutung decken.
Dies folgt aus dem Charakter der Vermutung als eines Hilfsmittels für die Ermittlung von Tatsachen. Wo durch direkten Zugang die Tatsachen ermittelt werden können, bedarf es keines Hilfsmittels.
Müßte demgegenüber einer Vermutung als Hilfsmittel der Vorzug gegeben werden, weil sie unwiderleglich wäre, würde man sich damit auf eine möglicherweise offentsichtlich falsche Beurteilungsgrundlage stützen. Es würden dann

mit bewußt falschen Vorstellungen nicht wie bei der Fiktion richtige, sondern den Tatsachen nicht Rechnung tragende Ergebnisse erzielt.
Dennoch geht ein Teil der Literatur von der Existenz unwiderlegbarer Vermutungen aus[49]. Diese Auffassungen können für sich in Anspruch nehmen, mit dem Wortlaut des § 292 ZPO übereinzustimmen, wo gesagt ist, daß gegenüber einer gesetzlichen Vermutung der Beweis des Gegenteils nur insoweit zulässig sei, als das Gesetz nichts anderes bestimme.

Als Beispiele für unwiderlegliche Vermutungen werden die §§ 892 und 2366 BGB angeführt.

Bedenkt man, daß Vermutungen nur dort einen Platz haben können, wo Klarheit über einen zu beurteilenden Sachverhalt nicht besteht und daher noch zu schaffen ist, daß umgekehrt Vermutungen dort nicht zur Anwendung kommen können, wo es um die rechtliche Bewertung eines bereits feststehenden Sachverhalts geht, so ergibt sich folgendes:
Zunächst besteht kein Zweifel darüber, daß die gesetzliche Anordnung des § 892 BGB nicht widerlegbar ist. Nach § 892 BGB gilt der Inhalt des Grundbuchs zugunsten eines Gutgläubigen grundsätzlich als richtig. Der Grund für die Unwiderlegbarkeit liegt darin, daß

---

49) S t e i n-J o n a s , Kommentar zur Zivilprozeßordnung, § 292 Anm. 1;

B a u m b a c h - L a u t e r b a c h , Zivilprozeßordnung, § 292 Anm. 1 a;

F u r t n e r , Das Urteil im Zivilprozeß S. 282;

W e s t e r m a n n , BGB Allgem. Teil, S. 282;

L a n g e , Allgem. Teil des BGB § 8 II 4 d;

G ö t z , Zum Schweigen S. 76.

es bei dieser Vorschrift nicht darum geht, Unklarheiten über die tatsächlichen Verhältnisse zu beseitigen. Es fehlt überhaupt an einer wirklichkeitsbezogenen und daher widerlegbaren Aussage.
Vielmehr enthält § 892 BGB eine materiellrechtliche Entscheidung des Gesetzgebers, bei der sich die Frage der Widerlegbarkeit nicht stellt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 892 BGB ist es nämlich, daß das Grundbuch unrichtig ist. Erst wenn darüber Klarheit besteht, ist der gute Glaube des Erwerbers von Bedeutung. Ein Erwerber nämlich, der sich einer mit der wahren Rechtslage übereinstimmenden Buchlage gegenüber sieht, erwirbt vom Berechtigten und bedarf daher keines guten Glaubens. Wenn es hingegen zur Anwendung des § 892 BGB kommt, ist der Sachverhalt bereits dahin geklärt, daß das Grundbuch unrichtig ist, so daß Vermutungen darüber nicht mehr in Betracht kommen [50]. Daraus ergibt sich bereits, daß § 892 BGB keine Vermutung und folglich auch keine unwiderlegliche enthalten kann.

Wenn nun dennoch angenommen wird, § 892 BGB stelle eine unwiderlegliche Vermutung dar, so scheint dies im Hinblick auf § 891 BGB zu geschehen, wonach vermutet wird, daß ein eingetragenes Recht auch dem Eingetragenen zustehe. Die Schlußfolgerung allerdings, § 892 BGB sei die zur Unwiderlegbarkeit gesteigerte Vermutung des § 891 BGB, ist falsch.
Diesem Trugschluß unterliegt z.B. W e s t e r m a n n [51], wenn er sagt, daß die §§ 891 und 892 BGB beide auf dem Rechtsschein des Grund-

---

50) B a u r , Lehrbuch des Sachenrechts S. 197: "Die §§ 892 und 893 BGB sind Vorschriften materiellen Gehalts, Ausgangspunkt ist das unrichtige Grundbuch."

51) W e s t e r m a n n , Sachenrecht § 85 I 2, S. 429.

buchs aufbauen, "nur daß § 892 des Verkehrsschutzzweckes wegen die widerlegliche Vermutung des § 891 zur unwiderleglichen mit materiellrechtlichen Folgen steigern und auf die Vollständigkeitsvermutung ausdehnen muß".

Bei § 891 BGB handelt es sich sowohl dem Ausdruck des Gesetzes nach (es wird vermutet, daß ...) wie auch in der Sache um eine Vermutung[52]. § 891 BGB hat den Zweck, Klarheit über das Vorliegen einer Tatsache, das Bestehen eines Rechtes nämlich, zu schaffen.

Demgegenüber hat § 892 BGB das Verhältnis zwischen dem wahren Berechtigten und dem gutgläubigen Erwerber zum Gegenstand.
Es soll der Interessenkonflikt gelöst werden, der zwischen dem wahren Berechtigten und dem Erwerber entsteht, der von einem vom Grundbuch fälschlicherweise als Rechtsinhaber Ausgewiesenen erworben hat.

Daß § 892 BGB in der Tat unwiderlegbar ist, wurde bereits festgestellt. Die Unterschiedlichkeit der von § 891 und § 892 BGB zu erfüllenden Aufgaben läßt jedoch nicht den Schluß zu, die von den genannten Vorschriften eingesetzten Mittel stünden im Verhältnis kontinuierlicher Steigerung.

§ 891 BGB stellt klar, welche Bedeutung dem Grundbuch bei der Frage zukommt, ob ein Recht besteht oder nicht. Diese Frage hat der Gesetzgeber so entschieden, daß bei Zweifeln über die wahre Rechtslage das Grundbuch zur entscheidenden Erkenntnisquelle wird. Die Eintragung im Grundbuch stellt mithin ein aus-

---

52) B a u r , Lehrbuch des Sachenrechts S. 197:"§ 891 BGB ist eine Beweislastnorm, die zum Zuge kommt, wenn sich die wahre Rechtslage nicht aufklären läßt."

reichendes Beweiszeichen dafür da, um von dem Bestehen des eingetragenen Rechts ausgehen zu können.
Die Berechtigung für diese Schlußfolgerung ergibt sich aus der Strenge, mit der das Grundbuchverfahren ausgestattet ist. Letztlich ist die Vermutung des § 891 BGB nur der hohen Wahrscheinlichkeit wegen gerechtfertigt, mit der die Vermutung Recht hat.

Gegenüber dieser Funktion ist die Aufgabe des § 892 BGB keine gleichsinnig gesteigerte, sondern eine ganz andere. Er ist die gesetzgeberische Entscheidung darüber, welchem Interesse der Vorzug gebührt, wenn ein gutgläubiger Erwerber sich gegenüber dem Eigentümer auf sein in das Grundbuch gesetztes Vertrauen beruft.
§ 892 BGB hat diesen Konflikt dahin entschieden, daß das Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers in die Richtigkeit des Grundbuches den Interessen des wahren Berechtigten vorgeht. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist in der Form getroffen, daß dem gutgläubigen Rechtsverkehr gegenüber so getan wird, als gebe das unrichtige Grundbuch die wahre Rechtslage wieder.
Für diese Entscheidung waren nicht Wahrscheinlichkeitsüberlegungen maßgebend, wie für die Vermutung des § 891, sondern Gerechtigkeitsgesichtspunkte. § 892 BGB kann daher kein "gesteigerter" § 891 BGB sein, sondern nur eine Fiktion.

Zu Unrecht wird auch § 2366 BGB als unwiderlegliche Vermutung angesehen. Diese Fehleinschätzung scheint wiederum durch eine benachtbarte Vorschrift, § 2365 nämlich, verursacht zu sein, der eine Vermutung enthält. In Wirklichkeit stehen diese Vorschriften im gleichen Verhältnis, wie es soeben für die §§ 891 und 892 dargetan wurde.
In § 2365 wird die Vermutung aufgestellt, daß demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das angegebene Erbrecht

zusteht und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt ist.
Dies ist ebenfalls dem Wortlaut wie der Sache nach eine Vermutung, da durch diese Regelung Klarheit über die Sachlage geschaffen werden soll. Auch hier bietet das für die Erbscheinserteilung vorgeschriebene Verfahren eine ausreichende Grundlage für die Annahme, daß das im Erbschein bezeichnete Erbrecht auch wirklich besteht. Da diese Annahme Aussagen über die tatsächlichen Verhältnisse machen will und auf der Wahrscheinlichkeit fußt, ist sie eine Vermutung.
Wiederum kann es wie im vorerwähnten Beispiel der §§ 891 und 892 BGB zu einem Konflikt kommen, wenn ein gutgläubiger Dritter von einem Erbscheinsinhaber Gegenstände aus dem Nachlaß erwirbt, wenn dieser in Wirklichkeit nicht Erbe ist.
Auch diesen Konflikt hat der Gesetzgeber zugunsten des gutgläubigen Erwerbers entschieden, indem er diesem gegenüber die im Erbschein bezeichnete Rechtslage als richtig gelten läßt. Auch in diesem Falle kann nicht gesagt werden, die widerlegbare Vermutung des § 2365 sei im § 2366 zu einer unwiderlegbaren Vermutung verstärkt worden. Die Aufgabenstellungen der Vorschriften stehen ebenfalls nicht im Verhältnis der Steigerung sondern der völligen Verschiedenheit. Im § 2366 soll ein Sachkonflikt gerecht entschieden, im § 2365 die Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse erleichtert werden.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, daß die §§ 892 und 2366 BGB keine unwiderleglichen Vermutungen, sondern Fiktionen enthalten [53].

---

53) Für § 892: L e n t - S c h w a b , Sachenrecht, § 16 IV und P a l a n d t - D e g e n h a r t , Kommentar zum BGB, § 892 Anm. 1.

Die Grundsätzlichkeit der gefundenen Unterschiede läßt zugleich den Schluß zu, daß es unwiderlegliche Vermutungen überhaupt nicht gibt, sondern daß es sich in solchen Fällen um Fiktionen handelt [54].
Unabhängig von diesem Ergebnis ist es jedoch denkbar, daß Vermutungen im Einzelfall aus prozessualen Gründen nicht widerlegbar sind. Es ist dabei etwa an die Vorschriften zu denken, die die Verschleppung von Prozessen verhindern sollen. Wenn ein solcher Fall von Unwiderlegbarkeit eintritt, liegt dies jedoch nicht im Wesen der betreffenden Vermutung begründet. Ihre grundsätzliche Widerlegbarkeit bleibt davon unberührt.

8. KAPITEL

DIE SPRACHLICHEN FORMEN DER FIKTIONEN

Nachdem die Fiktion von anderen Erscheinungen aufgrund ihrer wesensmäßigen Züge unterschieden wurde, soll untersucht werden, in welcher Beziehung die Fiktion zu ihrer sprachlichen Form steht, insbesondere, ob eine bestimmte Form für die Fiktion konstitutiv ist und von daher ebenfalls etwas für die Unterscheidung der Fiktion gewonnen werden kann.
Da die Struktur der Fiktion in der Gleichsetzung verschiedener Sachverhalte bzw. in der Ungleichbehandlung übereinstimmender Tat-

---

54) So im Ergebnis D i e d e r i c h s e n in NJW 1965, 673 und BGH in NJW 1965, 584.

bestände besteht, kommen als Ausdrucksmittel für die Fiktion nur solche sprachlichen Formen in Betracht, mit denen diese Struktur zum Ausdruck gebracht werden kann. Schon von dieser Überlegung her erscheint es unwahrscheinlich, daß Fiktionen an eine einzige sprachliche Form gebunden sein sollen, aber auch zweifelhaft, daß bestimmte Formulierungen ausschließlich der Fiktion vorbehalten sind.
Wenn B e r n h ö f t [55] sagt, die Fiktion werde in aller Regel durch die sprachliche Form erkannt, so kann damit nicht behauptet werden, Fiktionen seien an eine bestimmte sprachliche Form gebunden. Ob der sprachlichen Form jedoch ein solcher Indizwert zukommt, wie B e r n h ö f t dies sagt, wird die weitere Untersuchung zeigen.

Häufig drückt der Gesetzgeber Fiktionen durch die Formulierung "gilt als" aus. Sie findet sich z.B. in den §§ 911, 950 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 815 Abs. 3 ZPO.
Während sich im Falle der Fiktion der Terminus "gilt als" immer auf den tatbestandlichen Teil einer Norm bezieht, kann sich dieselbe Formulierung aber auch in einem anderen Zusammenhang in einer anderen Bedeutung finden. Als Beispiel sei § 935 Satz 1 BGB erwähnt, wo bestimmt ist, daß der Erwerb des Eigentums aufgrund der §§ 932 - 934 BGB nicht eintritt, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. In Abs. 1 Satz 2 fährt das Gesetz fort:"Das gleiche gilt, falls der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war, dann, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war."

---

55) B e r n h ö f t , Zur Lehre von den Fiktionen S. 44.

Wäre die Auffassung T h a l m a n n s [56] richtig, daß sich die Fiktion ausschließlich durch die Ausdrucksweise im Gesetz kennzeichne, daß also die Gesetzesfiktionen durch den sprachlichen Ausdruck konstituiert würden, so müßte auch § 935 Abs. 1 Satz 2 eine Fiktion enthalten. Daß dies nicht der Fall ist, ergibt sich daraus, daß sich der Ausdruck "Das gleiche gilt" nicht auf den Sachverhaltsteil der Norm, sondern unmittelbar auf die Rechtsfolgen bezieht. Es wird damit der Geltungsbereich einer Rechtsfolge unmittelbar auf einen anderen Sachverhalt ausgedehnt. Bei der Fiktion wird zwar das gleiche Ergebnis erzielt. Nur werden zu diesem Zweck unmittelbare Veränderungen der Sachverhalte einer Norm vorgenommen, aus der sich erst mittelbar eine Ausdehnung bzw. Einschränkung der Rechtsfolgen ergibt.
Allerdings hätte der Gesetzgeber die gleiche Wirkung, die er im § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB erreicht hat, auch durch die Verwendung einer Fiktion erzielen können. Die Vorschrift hätte dann etwa lauten können: Als Eigentümer gilt auch der unmittelbar besitzende Nichteigentümer, wenn er dem Eigentümer den Besitz vermittelt. Es ist zuzugeben, daß eine solch umständliche Formulierung keine Vorteile aufweist, die sie rechtfertigen könnten. Der Gesetzgeber hat den Weg einer Fiktion auch aus guten Gründen vermieden. Durch eine Gleichstellung von Eigentümer und Besitzer wäre einmal die notwendige deutliche begriffliche Trennung von tatsächlicher und rechtlicher Sachherrschaft verwischt worden; zum anderen wäre der rechtliche Grund der Gleichstellung durch die Fiktion nicht zum Ausdruck gekommen. Sinn des § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB ist, daß das ungewollte Entglei-

---

56) T h a l m a n n , Bilder in der Sprache der Rechtswissenschaft S. 30.

ten einer beweglichen Sache aus der vom Eigentümer unmittelbar oder durch einen anderen beherrschten Sphäre einen gutgläubigen Erwerb ausschließen soll, weil der vom nicht berechtigten Veräußerer mittels des Besitzes hervorgerufene Rechtsschein nicht vom Eigentümer verursacht ist. Dieser tragende Gedanke hätte sich durch die Gleichstellung von Eigentümer und Besitzer nicht verdeutlichen lassen.
Immerhin läßt sich zeigen, daß die gleiche sprachliche Formulierung einmal eine Fiktion darstellt, das andere Mal nicht.
Keine Fiktion enthält auch § 1017 BGB, wonach die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften für das Erbbaurecht "gelten". Diese Vorschrift enthält deshalb keine Fiktion, weil nicht Sachverhalte einander gleichgestellt, sondern Rechtsfolgen in ihrem Geltungsbereich unmittelbar ausgedehnt werden. Auch hier hätte der Gesetzgeber die gleiche Konsequenz mit Hilfe einer Fiktion erreichen können, wenn er nämlich angeordnet hätte, daß als Grundstück auch das Erbbaurecht "gelte". Diese Formulierung hätte sich auf den Sachverhaltsteil bezogen und die Gleichstellung von Verschiedenem dargestellt.
In § 923 Abs. 3 BGB ist ebenfalls keine Fiktion enthalten, wo es heißt: "Diese Vorschriften gelten auch für einen auf der Grenze stehenden Strauch." Die strukturelle Form der Fiktion, die Ungleichbehandlung von Tatbeständen, ist in dieser Vorschrift nicht verwirklicht. Wiederum werden die für einen bestimmten Tatbestand geltenden Rechtsfolgen unmittelbar auf einen anderen Sachverhalt ausgedehnt. Auch diese Anordnung hätte der Gesetzgeber in Form einer Fiktion ausdrücken können. Hätte er nämlich gesagt, daß als Baum auch ein Strauch "gelte", wäre eine Gleichstellung im Sachverhaltsteil erfolgt. Allerdings würde eine solche Vorschrift sich merkwürdig ausgemacht haben, so daß in einem solchen Falle die Grenzen der Zulässigkeit

von Fiktionen zu diskutieren wären. Darauf wird in einem späteren Kapitel noch eingegangen.

Aus den bisherigen Darlegungen folgt, daß die Formulierung "gilt als" nicht der Fiktion vorbehalten ist.
Außer für die schon erwähnte unmittelbare Übertragung von Rechtsfolgen können mit der genannten Formulierung auch Definitionen zum Ausdruck gebracht werden.
Hätte der Gesetzgeber z.B. § 104 Abs. 3 StPO folgendermaßen gefaßt: "Als Nachtzeit gilt in dem Zeitraum vom 1.4. - 30.9. die Stunde von 9.00 Uhr abends bis 4.00 Uhr morgens ...", so wäre aus der als Definition erkannten Vorschrift nicht eine Fiktion geworden. Der sprachliche Ausdruck vermag nichts daran zu ändern, daß in der Vorschrift nichts Verschiedenes gleichgestellt, sondern lediglich eine Inhaltsbestimmung eines unbestimmten Begriffes vorgenommen wird.
Schließlich kann mit der gleichen sprachlichen Form auch eine Vermutung ausgedrückt werden. In § 252 Satz 2 BGB ist gesagt, was als entgangener Gewinn "gilt". Bei dieser Vorschrift handelt es sich trotz der Formulierung um eine Vermutung und nicht um eine Fiktion [57].
Was nun den Indizwert der Formulierung "gilt als" für das Vorliegen einer Fiktion angeht, so kann festgestellt werden, daß diese sprachliche Form vom Gesetzgeber zwar häufig verwendet wird. In Abetracht ihrer vielfältigen Verwendungsmöglichkeiten ist ihr Indizwert jedoch gering. Fiktionen können letztlich nur an ihrer strukturellen, nicht aber an der sprachlichen Form erkannt werden.

---

57) Vergl. P a l a n d t - H e i n r i c h s , § 252 Anm. 3 a.

Der Gesetzgeber verwendet zur Bezeichnung von Fiktionen gelegentlich auch den Ausdruck "steht gleich".
So heißt es z.B. in § 209 BGB im Zusammenhang mit der Unterbrechung der Verjährung: "Der Erhebung der Klage stehen gleich: 1. Die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren ...".
In diesem Falle werden verschiedene Sachverhalte gleichgestellt. Die Zustellung eines Zahlungsbefehls ist nicht die Erhebung einer Klage, unter dem hier interessierenden Aspekt der Unterbrechung der Verjährung dieser jedoch gleichgestellt. Es macht für die Frage der Verjährungsunterbrechung also keinen Unterschied, ob eine Klage erhoben oder ein Zahlungsbefehl zugestellt wird.
Auch aus dieser Form kann nicht mit Sicherheit auf eine Fiktion geschlossen werden. Wenn nämlich die "gleichgestellten" Sachverhalte nicht verschieden sind, können sie auch nicht mit Hilfe einer Fiktion gleichgestellt werden. So hätte der Gesetzgeber beispielsweise § 812 Abs. 2 BGB so formulieren können, daß einer Leistung das Anerkennen des Bestehens oder Nichtbestehens einer Verbindlichkeit gleichstehe. Durch eine solche Formulierung hätte sich nichts daran geändert, daß § 812 Abs. 2 BGB eine Definition enthält.

In § 142 Abs. 1 BGB verwendet der Gesetzgeber eine weitere sprachliche Form für Fiktionen. Es heißt in dieser Vorschrift: "Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen."
Das Rechtsgeschäft, das bis zu seiner Anfechtung bestand und ohne diese auch weiter bestanden hätte, wird so angesehen, als hätte es nicht bestanden. Andererseits verwendet der Gesetzgeber diesen Ausdruck auch im Zusammenhang mit Auslegungsregeln, wie das

Beispiel des § 2087 Abs. 1 BGB zeigt, wo eine Verfügung als Erbeinsetzung "angesehen" wird, wenn der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil einem anderen zuwendet.

Fiktionen können auch in einem anderen sprachlichen Gewand erscheinen. In einer Polizeiverordnung ist z.B. gesagt: "Waffen im Sinne dieser Verordnung sind: Handfeuerwaffen, Gewehre sowie die dazugehörigen Zubehörstücke wie Patronentaschen ...".

Bei dieser Regelung sind unter dem Begriff "Waffen" Gegenstände zusammengefaßt, die nach dem Wortsinn des Begriffes nicht mehr als Waffen angesehen werden können. Dies gilt z.B. von den erwähnten Patronentaschen. Da mithin tatsächlich Verschiedenes gleichgestellt wurde, handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine Fiktion. Daß sich auch hinter dieser Formulierung nicht immer eine Fiktion verbirgt, läßt sich am Beispiel des § 90 BGB erkennen. Dort sagt der Gesetzgeber, daß Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände "sind". Diese Formulierung, die soeben als Beschreibung einer Fiktion erkannt wurde, ist hier Ausdrucksmittel für eine Definition, da der in seinen Grenzen nicht feststehende Begriff der Sache für die Zwecke des Gesetzes lediglich genauer gefaßt, also definiert wird.
Zugleich ergibt sich aus diesen Beispielen, daß Zusätze wie "im Sinne des Gesetzes" oder "im Sinne dieser Verordnung" zwar ihren Sinn haben, zur Unterscheidung der Fiktion von anderen Erscheinungen jedoch nichts beitragen, ist doch ein solcher Zusatz einmal bei einer Fiktion (Polizeiverordnung) ein andermal bei einer Definition (§ 90 BGB) anzutreffen. Dies hat seinen Grund darin, daß sowohl der Fiktion wie auch der Definition ein bestimmter rechtlicher Gesichtspunkt, ein bestimmter Sinn des Gesetzes eigen ist, unter dem die Fiktion Verschiedenes recht-

lich gleichbewertet, die Definition die Grenze für begrifflich Zusammengehöriges enger oder weiter zieht (Vergl. S. 35).

In gleicher Weise stellt auch die Formulierung "ist" in § 516 Abs. 1 BGB nicht eine Fiktion sondern eine Definition dar. Dort heißt es, daß eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, Schenkung "ist", wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Wenn die Formulierungen: "Gilt als", "steht gleich", "ist anzusehen als" und "ist" bzw. "sind" als sprachliche Möglichkeiten im Zusammenhang mit der Verwendung von Fiktionen hervorgehoben werden, bedeutet dies nicht, daß es sich dabei um die einzigen, für Fiktionen in Betracht kommenden sprachlichen Formen handelt. Vielmehr läßt sich mit jeder Formulierung eine Fiktion ausdrücken, die zur Darstellung der Struktur der Fiktion, nämlich zur Gleichstellung von Verschiedenem bzw. zur Unterscheidung von Gleichem geeignet ist.
So hätte die Fiktion in § 108 Abs. 2 BGB auch in der Form ausgedrückt werden können, daß die gesetzlichen Vertreter die Genehmigung des Rechtsgeschäfts eines Minderjährigen verweigern, wenn sie die Genehmigung nicht binnen zwei Wochen nach Aufforderung erteilen. Diese Formulierung könnte nichts daran ändern, daß eine nicht existente Willenserklärung als vorhanden betrachtet, also fingiert wird. Allerdings würde eine solche sprachliche Form die Gefahr erhöhen, die Vorschrift mit einer Hypothese in Form einer Auslegungsregel zu verwechseln. Daß Auslegungsregeln so formuliert sein können, wurde am Beispiel des § 6 des Futtermittelgesetzes erörtert (S. 41 ff.).

Damit ist auf den Zusammenhang hingewiesen, in dem die sprachliche Form einer Fiktion zu der Möglichkeit steht, sie in ihrem Wesen zu erkennen. Anders gesagt: Für die Leichtigkeit eines richtigen Verständnisses von der jeweiligen Fiktion ist es nicht gleichgültig, in welchem sprachlichen Gewand sie erscheint. Die einzelnen sprachlichen Formen offenbaren nämlich in unterschiedlichem Maße, daß Fiktionen keine Wirklichkeitsbeschreibungen, sondern rechtliche Bewertungen sind.

Wo z.B. die Formulierung "gilt als" zur Kennzeichnung einer Fiktion verwendet wird, deutet dies die tatsächliche Verschiedenheit der gleichgestellten Sachverhalte an. Wenn a nämlich nur als b gilt, ist offensichtlich, daß a nicht b, sondern von diesem verschieden ist.
Zugleich wird aber auch der Blick darauf gelenkt, daß es einen Aspekt gibt, unter dem die verschiedenen Sachverhalte gleiche Geltung haben. Darin kommt die Aspektbezogenheit und Relativität der Fiktion zum Ausdruck. Die Formulierung "gilt als" kann daher als offene sprachliche Form der Fiktion bezeichnet werden.
Über diese Offenheit verfügen auch die Formulierungen "steht gleich" und "ist anzusehen als". Sie bringen zum Ausdruck, daß die verschiedenen Sachverhalte nicht gleich sind, sondern nur einander gleich stehen bzw. lediglich als gleich anzusehen sind. Anders sind demgegenüber die Formen zu beurteilen, bei denen die Fiktion im Prädikat des Satzes ausgedrückt wird. Daß a gleich b ist oder jemand, der schweigt, eine Willenserklärung abgibt, sind Formulierungen, die keinen Hinweis auf das Wesen der Fiktion enthalten. Hier ist die Gefahr der Verwechselung mit Hypothesen besonders groß. Lediglich die Beifügung von Zusätzen wie "im Sinne des Gesetzes" vermögen die als Wirklichkeitsbe-

schreibung mißverständliche Formulierung auf ihre Rechtsbezogenheit zu relativieren.

Zusammenfassend kann von der sprachlichen Form der Fiktion gesagt werden, daß sie als sicheres Erkennungszeichen untauglich ist, weil es keine für Fiktionen konstitutive sprachliche Form gibt. Der Gesetzgeber kann mit den gleichen sprachlichen Mitteln, mit denen er Fiktionen ausdrückt, z.B. auch Vermutungen, Definitionen und Auslegungsregeln sprachlich fassen.
Unter den möglichen sprachlichen Formen für Fiktionen lassen sich offene, also solche, die auf den fiktiven Charakter der Aussage hinweisen, und versteckte unterscheiden, die selbst keinen Hinweis auf den rechtlichen Aspekt der Fiktion enthalten.

9. KAPITEL

DIE METHODOLOGISCHE BEDEUTUNG DER FIKTIONEN IM RECHTSFINDUNGSPROZEß

Während die bisherigen Ausführungen in erster Linie dem Wesen und der funktionalen Bedeutung der Fiktion gegolten haben, soll nunmehr ihre methodische Rolle untersucht werden.
Die richtige Einschätzung der Fiktionen im Rechtsfindungsprozeß setzt voraus, diesen selbst einer kurzen Betrachtung zu unterziehen. Im Rahmen dieser Arbeit kann allerdings die gesamte Problematik des Rechts-

findungsprozesses nicht vollständig diskutiert werden. Es wird vielmehr auf das zurückgegriffen, was in dieser Hinsicht allgemein "anerkannt" ist, daß nämlich Rechtsfindung als Anwendung einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt kein Prozeß rein logischer Ableitung ist [58]. Das bedeutet, daß Rechtsfindung nicht ausschließlich oder überwiegend darin besteht, den konkreten Sachverhalt in einem logischen Prozeß in der allgemeinen Norm wiederzuerkennen, da dieser in der Norm als Richtschnur für eine Vielzahl möglicher Fälle nur allgemein enthalten und nur wertend als von der Norm erfaßt erkannt werden kann. K a u f m a n n [59] beschreibt diesen Zusammenhang so, daß die Norm, weil sie nur Maßstab für viele mögliche Fälle sei, nie die Wirklichkeit, sondern nur die Möglichkeit von Recht sein könne.
Damit es zur konkreten Rechtsentscheidung kommt, muß zur Norm der als möglich gedachte Fall in seiner konkreten Erscheinung hinzutreten. Damit reales Recht hervorgebracht werden kann, muß also ein "Seinshaftes" dem Sollen gegenübertreten [60].
Wesentlich ist dabei die Art und Weise, in der Sein und Sollen sich in der konkreten Rechtsentscheidung verbinden. Dies geschieht, wie bereits angedeutet, nicht in der Weise, daß der Sachverhalt in der Norm in einem logischen Verfahren identifiziert wird. Ohne auf den "hermeneutischen Zirkel" [61] ein-

---

58) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 51: "(Es ist) anerkannt, daß der gesamte Subsumtionsprozeß in seiner Bedeutung und Richtigkeit keineswegs als ein ausschließlich oder überwiegend logisches Verfahren begriffen werden kann."

59) K a u f m a n n , Analogie S. 8/9.

60) K a u f m a n n , Analogie S. 14.

61) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 137 ff.

gehen zu müssen, kann gesagt werden, daß Rechtsanwendung darin besteht, die Norm auf den Sachverhalt hin zu konkretisieren und den Sachverhalt andererseits auf die Norm hin zu verallgemeinern. Sachverhalt und Norm werden in dieser Weise in Entsprechung gebracht; ihr Verhältnis ist daher keines von Identität, sondern von Entsprechung[62].

Anders ausgedrückt, besteht Rechtsanwendung darin, den konkreten Lebenssachverhalt und die in Betracht kommende Norm unter dem maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkt zu vergleichen und ihre Entsprechung bzw. mangelnde Entsprechung festzustellen.

Das Kernstück dieses Verfahrens, in dem es auf Entsprechung zwischen Norm und Sachverhalt ankommt, das also ein analogisches Verfahren ist, stellt der Vergleichsmaßstab dar, der Sinn nämlich, in dem sich Sein und Sollen entsprechen. Ohne diesen Maßstab ist ein Vergleich nicht denkbar.

Demgemäß sieht K a u f m a n n [63] in diesem Vergleichsmaßstab, den er auch "tertium comparationis" nennt, das Entscheidende der Ana-

---

62) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 15: "Mit unserer Bestimmung: 'Recht ist die Entsprechung von Sollen und Sein' ist mithin gesagt, daß Sollen und Sein im Recht weder ident noch different, sondern analog (:entsprechend) verbunden sind - ist gesagt, daß die Wirklichkeit des Rechts selbst in einer Analogie gründet und daß demzufolge Rechtserkenntnis immer analogische Erkenntnis ist."

Ähnlich auch E s s e r , Vorverständnis S. 28 f., der die entscheidenden Faktoren der Rechtsanwendung in den Urteilen über das Ob und Wie der Auslegungsbedürftigkeit des zu entscheidenden Konflikts und das "Passen" einer Norm sieht.

63) K a u f m a n n , Analogie S. 28.

logie. Weil die Ermittlung und Handhabung des "tertium comparationis" kein logischer, sondern ein wertender Vorgang ist [64], ist das "tertium comparationis" zugleich das Problematische der Rechtsanwendung [65].

Vergleicht man nun das Verfahren der Fiktion mit dem der Rechtsanwendung überhaupt, so stellt man grundsätzliche Übereinstimmung fest.
Die Struktur der Fiktion wurde darin gesehen, daß Verschiedenes gleich bzw. Gleiches verschieden bewertet wurde (vergl. S. 9 ff.).
Daß dieses Verfahren dennoch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes darstellt, folgte daraus, daß die Bewertung jeweils nur unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt vorgenommen wurde und gültig war (vergl. S. 18 ff.).
Da das Wesen der Fiktion also darin besteht, tatsächlich Verschiedenes unter einem bestimmten Gesichtspunkt vergleichend in Zusammenhang zu bringen, am Ende dieses Vergleiches sich Verschiedenes in einem Allgemeinen entspricht, sind Fiktionen ihrerseits nichts anderes als Analogien [66].
Trotz dieser wesensmäßigen Übereinstimmung unterscheidet sich die Analogie der Fiktionen von der der Rechtsanwendung, wie sie oben beschrieben wurde.
Während das analogische Verfahren der Rechtsanwendung darin besteht, allgemeine Norm und Lebenssachverhalt in Entsprechung zu bringen,

---

64) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 69.

65) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 27.

66) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 20: "Das Wesen der Fiktion besteht mithin in einer Analogie: in einer Gleichsetzung von Ungleichem unter einem sich als wesentlich erweisenden Gesichtspunkt...".

diese Analogie also zu einer konkreten Rechtsentscheidung führt, vollzieht sich die Analogie der Gesetzesfiktionen innerhalb der allgemeinen Norm. Sie führt also nicht unmittelbar zu einer Rechtsentscheidung, sondern zunächst nur zu einem richtigen Verständnis einer Norm, dient also zu deren Aufbereitung, damit sie zu dem analogischen Verfahren der Rechtsanwendung tauglich wird.
Um z.B. § 4 Abs. 1 EheG richtig verstehen zu können, mußte zur Zeit der Geltung des § 1589 Abs. 2 BGB festgestellt werden, ob aus dem Tatbestandselement "Verwandte in gerader Linie", zwischen denen eine Ehe unzulässig ist, die uneheliche Tochter und ihr Vater auszuklammern waren oder nicht. Dies zu klären, war Voraussetzung für ein richtiges Verständnis und die richtige Anwendung des § 4 Abs. 1 EheG.
Aus dem Unterschied in den Ebenen, auf denen sich die Analogien der Rechtsanwendung und der Fiktion vollziehen, folgt zugleich, daß sie auch in der Art des Vergleichens differieren. So ist der maßgebende Vergleichsmaßstab für die Fiktion nicht der Sinn, in dem sich allgemeine Norm und Lebenssachverhalt entsprechen, sondern allein der Sinn der Rechtsnorm, an dem der ursprüngliche und der durch die Fiktion veränderte Tatbestand verglichen und bewertet werden. Bemerkenswert ist dabei, daß dieser Normsinn letztlich erst unter Berücksichtigung der Fiktion total verstanden werden kann, weil die gesamte Normaussage erst aus den durch die Fiktion "korrigierten" Sachverhaltsvoraussetzungen erkennbar wird.
Die Analogie der Gesetzesfiktion besteht mithin darin, daß verschiedene tatbestandliche Fassungen am Normsinn gemessen werden. Es kommt darauf an, daß die tatbestandliche Veränderung, die durch die Gesetzesfiktion bewirkt wird, sich innerhalb des Normsinnes hält. Die gleichgestellten Sachverhalte müssen im Normsinn analog sein. Nur wenn und

soweit dies der Fall ist, kann die Fiktion Gültigkeit haben.
Ist nun der Normsinn und der Geltungsumfang einer Fiktion ermittelt, schließt sich das normale analogische Verfahren der Rechtsanwendung an, das sich nun nicht mehr auf der Stufe der allgemeinen Norm vollzieht, sondern in der konkreten Rechtsentscheidung die Verbindung zum konkreten Lebenssachverhalt herstellt. Gesetzesfiktionen sind daher eine zusätzliche Analogie in der Rechtsanwendung.

Weil Fiktionen also Analogien sind, läßt sich das über das analogische Verfahren Gesagte auf sie übertragen. Wie bei der Rechtsanwendung der Vergleichsmaßstab, das "tertium comparationis", das Wesentliche und zugleich auch Problematische ist, so kommt auch dem Vergleichsmaßstab bei der Fiktion entscheidende Bedeutung zu. Weiter: Wenn die Analogie überhaupt, also auch im Zusammenhang mit der Rechtsanwendung, zu "problematischen Urteilen" führt und "niemals gesicherte Erkenntnisse" liefern kann [67], so gilt dies jedenfalls grundsätzlich auch von der Fiktion.
Das analogische Verfahren der Fiktion soll im Folgenden an Beispielen demonstriert werden.
Um das Problematische an der Fiktion, nämlich die Feststellung des maßgeblichen Vergleichsaspektes, zu beleuchten, wird noch einmal auf § 1589 Abs. 2 BGB a.F. zurückgegriffen. Wenn dort gesagt wurde, daß das uneheliche Kind mit seinem Vater als nicht verwandt gelte, so wurden Kinder, die ihrer blutsmäßigen Abstammung nach im gleichen Verhältnis zu ihrem Vater standen, verschieden behandelt. Eine Rechtfertigung konnte nur in einer rechtlichen Verschiedenheit trotz dieser tatsächlichen Gleichheit gesehen werden. Es gilt also, den rechtlichen Gesichtspunkt

---

67) K a u f m a n n , Analogie S. 6.

zu finden, unter dem eine rechtliche Differenzierung gerechtfertigt sein kann. Aus dem systematischen Zusammenhang, in dem diese Vorschrift im Gesetz stand, war die Feststellung unproblematisch, daß die Differenzierung für familienrechtliche und auch erbrechtliche Gesichtspunkte gemeint war. Nach der damaligen Rechtsauffassung unterschieden sich eheliche und nichteheliche Kinder durch ihre unterschiedliche Beziehung zu der rechtlich anerkannten familienrechtlichen Verbindung, nämlich der Ehe, weshalb die Tatbestände aller Vorschriften, die das familienrechtliche Band "Ehe" intentional enthielten, durch die Fiktion des § 1589 Abs. 2 BGB eingeschränkt wurden. So mußte § 1924 Abs. 1 BGB in dem Sinne gelesen werden, daß gesetzliche Erben der 1. Ordnung die Abkömmlinge des Erblassers sind, mit Ausnahme der nichtehelichen Kinder eines Mannes. Das "tertium comparationis" war also nicht in der Frage zu finden, worin sich eheliches und nichteheliches Kind bezüglich der tatsächlichen Aspekte unterschieden, sondern nur in der rechtlichen Betrachtung der Gesamtumstände, unter denen sich die Abstammung des einen und des anderen Kindes vollzog.

Andere Gesichtspunkte waren maßgebend, wenn es zu beurteilen galt, ob das nichteheliche Mädchen seinen Vater heiraten durfte. Nach § 4 Abs. 1 EheG darf unter anderem eine Ehe zwischen Verwandten in gerader Linie nicht geschlossen werden. Ob eine rechtliche Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern im Sinne des § 1589 Abs. 2 BGB angebracht war, konnte nur unter Beachtung des Sinnes von § 4 Abs. 1 EheG beurteilt werden. Konkret formuliert lautete die Frage, ob sich eheliche und nichteheliche Kinder auch gemessen an dem Sinn des § 4 Abs. 1 EheG unterschieden mit der Folge, daß die Ehe zwischen einem unehelichen Mädchen und seinem Vater erlaubt gewesen wäre.

Wenn man das "tertium comparationis", den Sinn der Vorschrift, so formuliert, daß § 4 Abs. 1 EheG überkommenen sittlichen Vorstellungen und auch eugenischen Gesichtspunkten Rechnung trägt, so kann keine berechtigte Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern erfolgen. Das Ergebnis, daß die nichteheliche Tochter ihren Vater heiraten dürfe, stünde im Widerspruch mit dem Sinn des § 4 Abs. 1 EheG.

Unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten war zu untersuchen, ob die im § 1589 Abs. 2 BGB angeordnete Differenzierung auch für die Fragen des Zeugnisverweigerungsrechtes wegen Verwandtschaft nach § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO und § 383 Abs. 1 Nr. 3 ZPO gerechtfertigt war. In diesem Zusammenhang kam es nämlich darauf an, ob der Sinn der zitierten Normen, nämlich einem Zeugen den Konflikt zu ersparen, der in dem Wunsche, einen Angehörigen zu schonen und der Wahrheitspflicht zu genügen, liegen kann, auch auf ein solches "Verwandtschaftsverhältnis" zutrifft, das durch nichteheliche Abstammung begründet ist.
In ähnlicher Form stellte sich auch das Problem für § 52 Abs. 2 StGB, wo der Begriff der Angehörigen für das gesamte Strafgesetzbuch definiert wird. Konnte sich demnach der Vater eines nichtehelichen Kindes auf Nötigungsnotstand berufen, wenn er durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für das Leben seines nichtehelichen Kindes zu einer verbotenen Handlung genötigt wurde?
Für jede einzelne Vorschrift mußte der Vergleichsgesichtspunkt gesondert ermittelt werden. Für die Anwendung des § 1589 Abs. 2 BGB war entscheidend, ob die jeweilige Vorschrift auf die sich aus der Abstammung ergebende menschliche Situation oder auf die familienrechtliche Bindung Rücksicht nehmen wollte.

Einfacher ist die Ermittlung des Vergleichsmaßstabes im Falle des § 1923 Abs. 2 BGB, wonach der vor dem Erbfall Erzeugte, aber noch nicht Geborene als vor dem Erbfall geboren gilt.
Die Frage, ob § 1923 Abs. 2 BGB z.B. zu einer Erweiterung des Tatbestandes des § 850 c Abs. 1 Satz 2 ZPO führt, so daß der nasciturus bei der Berechnung der Pfändungsfreigrenze zu den Unterhaltsberechtigten zu zählen ist, läßt sich leicht beantworten. Wiederum kann nicht maßgeblicher Vergleichsgesichtspunkt sein, wieviel tatsächliche oder ethische Ähnlichkeit zwischen einer Leibesfrucht und einem Menschen besteht. Maßgebend für die Pfändungsfreigrenze ist die Zahl der Personen, die effektiv unterhaltsberechtigt sind und folglich auch das Einkommen des Schuldners schmälern. Unter diesem Gesichtspunkt unterscheiden sich ein Geborener und eine Leibesfrucht erheblich, während für die Frage der Erbfolge eine solche Unterscheidung als zufällig und daher nicht gerechtfertigt angesehen werden kann. Daß sich die Fiktion des § 1923 Abs. 2 BGB nur auf die Frage der Erbberechtigung bezieht, ergibt sich im übrigen auch aus dem Aufbau des § 1923, wo in Abs. 1 zunächst nur der zur Zeit des Erbfalles lebenden Person die Erbfähigkeit zuerkannt wird.
Schwieriger ist es demgegenüber, den Vergleichsgesichtspunkt für die Frage zu ermitteln, ob eine fingierte Willenserklärung anfechtbar sein soll oder nicht, z.B. die nach § 108 Abs. 2 BGB fingierte Verweigerung der Genehmigung des Rechtsgeschäfts eines Minderjährigen. Es fragt sich also, ob die Fiktion des § 108 Abs. 2 BGB zu einer Erweiterung der Tatbestände aller Vorschriften führen soll, die Willenserklärungen zur Voraussetzung haben, wie etwa die Vorschriften über die Anfechtbarkeit (§§ 119, 123) oder auch die Vorschriften über die Nichtigkeit von Willenserklärungen wegen Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105).

Wiederum kann der Vergleichsmaßstab nicht in der tatsächlichen Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit liegen. Die Überlegung, die §§ 104, 105 Abs. 1 BGB auf das Schweigen deshalb anzuwenden, weil eine ausdrückliche Willenserklärung einer stillschweigenden und diese hinwiederum dem Schweigen äußerlich ähnelt, wäre nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung richtig. § 108 Abs. 2 BGB vergleicht Schweigen und Willenserklärung unter dem Gesichtspunkt des Zurechnungsgrundes für bestimmte Rechtsfolgen. Er stellt fest, daß Schweigen in einer Situation, in der eine Erklärung erwartet werden darf, in gleicher Weise zugerechnet werden kann, wie eine Willenserklärung. Diese Gleichbewertung erscheint auch gerechtfertigt, wenn man bedenkt, daß das Schweigen als Ablehnung gedeutet und damit dem Schutz des Minderjährigen Rechnung getragen wird. Weil nun aber ein Geschäftsunfähiger eine wirksame Willenserklärung nicht hätte abgeben und folglich eine solche von ihm nicht hätte erwartet werden können, ist es nicht angebracht, das Schweigen eines Geschäftsunfähigen einer Erklärung gleichzustellen. Dies bedeutet, daß Schweigen und Erklärung sich unter dem Sinn des § 104, 105 BGB vergleichen lassen. Vergleicht man hingegen Schweigen und Willenserklärung unter tatsächlichen Gesichtspunkten, so müßte man völlige Verschiedenheit feststellen und damit die Anwendbarkeit der §§ 104, 105 BGB ablehnen.

Zusammenfassend kann die Bedeutung der Gesetzesfiktionen im Rechtsfindungsprozeß dahin gekennzeichnet werden, daß sie eine zusätzliche, innerhalb der Norm sich vollziehende Analogie darstellen[68].

---

68) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 19: "Fiktionen sind letzten Endes nichts anderes als Analogien."

Diese Analogie mündet ein in die Analogie der Rechtsanwendung, die durch die Verbindung von Norm und konkretem Sachverhalt zur konkreten Rechtsentscheidung führt. Von der Methode her sind Fiktionen demnach keine Fremdkörper im Prozeß der Rechtsfindung.

10. KAPITEL

DIE GESETZESFIKTIONEN ALS PROBLEME DER RECHTSANWENDUNG

Den Feststellungen über die strukturellen und methodologischen Eigenarten der Gesetzesfiktionen muß die Frage nach ihrem Wert, ihren Leistungen und Schwächen in der Rechtsanwendung folgen.
Daß Gesetzesfiktionen ihrer Absicht nach keine Probleme für die Gerechtigkeit der Rechtssätze und als Analogien keine Fremdkörper im Verfahren der Rechtsanwendung sind, ist bereits erörtert worden (vergl. S. 15/16 ff.).
Trotz der bei vordergründiger Betrachtung festzustellenden Ungleichbehandlung besteht das Wesen der Fiktionen nämlich darin, rechtlich Einheitliches zu verbinden.
Allerdings ergeben sich sowohl aus der strukturellen Form wie auch aus der methodologischen Bedeutung der Fiktionen Probleme in der Rechtsanwendung.

1. So ergibt sich aus der Struktur der Fiktion, die die Gleichstellung von Verschiedenem zum Ausdruck bringt, die Gefahr, daß Gesetzesfiktionen als Hypothesen mißverstanden werden. Damit ist ein Verständnis gemeint, das in den

Fiktionen Aussagen über die Wirklichkeit sieht, so daß das nichteheliche Kind tatsächlich nicht mit seinem Vater verwandt, die fingierte Willenserklärung wirklich abgegeben sei, oder daß ein als Bedingung verabredeter Umstand, wenn er von dem Begünstigten treuwidrig herbeigeführt wurde, wahrhaftig nicht eingetreten sei. Diese Gefahr besteht trotz der im allgemeinen offenen sprachlichen Form, in die Gesetzesfiktionen gekleidet sind, aus der sich also ein Hinweis auf die Relativität und die Rechtsbezogenheit der Gleichstellungen ergibt.
Dies wird angesichts der Formulierung J h e r i n g s [69] erkennbar, wonach die Fiktion dem Juristen aufgebe, sich die tatsächlichen Verhältnisse anders zu denken als sie sind [70].
Allerdings läßt sich diese Aussage auch so verstehen, daß der Jurist die Fiktion zwar nicht für wahr halten müsse, sich aber dennoch ein wirklichkeitsfremdes Bild von den Tatsachen zu machen habe. Damit wäre die Fiktion nicht als Hypothese dargestellt, aber in einen kaum noch zu unterscheidenden Zusammenhang mit einer solchen gebracht.
Zurecht warnt daher V a i h i n g e r [71] vor dieser Gefahr.
Daß es sich dabei auch tatsächlich um eine Gefahr handelt, lassen die Konsequenzen eines solchen Mißverständnisses erkennen. Nicht nur, daß Rechtssätze zur Wirklichkeitsbeschreibung umfunktioniert würden, auch die konkrete Rechtsanwendung würde in falsche Bahnen gelenkt. Wenn nämlich Fiktionen als apodiktische Erklärungen über tatsächliche

---

69) J h e r i n g , Der Geist des römischen Rechts S. 299.

70) Ähnlich W a c h , Handbuch des Zivilprozeßrechts I S. 302.

71) V a i h i n g e r , Philosophie S. 39.

Verhältnisse angesehen werden, dann wird auch der Sinn und die Berechtigung einer Fiktion in der wirklichkeitsbezogenen Übereinstimmung der verschiedenen Sachverhalte vermutet, obwohl es auf ihre rechtsrelevante Übereinstimmung ankommt. Die Unmaßgeblichkeit des Gesichtspunktes, wie weit die verschiedenen Sachverhalte sich tatsächlich ähnlich sind, führt dazu, daß der diesen Gesichtspunkt heranziehende Rechtsanwender vor kaum lösbare Probleme gestellt wird. Dies zeigt sich z.B., wenn es um die Frage der Anfechtbarkeit von fingierten Willenserklärungen geht. Eine sinnvolle Anwendung der §§ 119 und 123 BGB ist nur möglich, wenn man den analogen Charakter der Fiktion erkennt, also berücksichtigt, daß eine Willenserklärung nicht deshalb gegeben ist, weil sie fingiert wird, daß es überhaupt nicht auf das Vorliegen einer Willenserklärung ankommt, sondern daß das Schweigen einer bestimmten Willenserklärung in der Wirkung lediglich gleich erachtet wird. Wenn hingegen die fiktiven Gleichstellungen als wirklichkeitserzeugend bzw. -verändernd verstanden werden, wenn man ihnen also die Absicht und Fähigkeit unterstellt, Unterschiede zu beseitigen oder zu schaffen, ist der entscheidenden Gesichtspunkt für das richtige Verständnis der Fiktionen verpaßt. Rechtfertigung und Umfang der Gleichstellung werden dann nach dem Maß an tatsächlicher Übereinstimmung oder Verschiedenheit beurteilt, anstatt den Maßstab rechtlicher Sinngleichheit anzulegen. Gegenüber dieser Gefahr muß daher hervorgehoben werden, daß der Gesetzgeber mit Hilfe der Fiktionen dem Rechtsanwender nicht eine die Wirklichkeit verkennende Sicht aufzwingen will, sondern vielmehr die Aufgabe stellt, rechtsbedeutsame Übereinstimmungen zu erkennen. So sagt B e r n h ö f t [72], daß der

---

72) B e r n h ö f t , Zur Lehre von den Fiktionen S. 5 und 6.

Gesetzgeber mit Hilfe der Fiktionen keine Tatsachen schaffen, sondern nur Rechtsfolgen herbeiführen will [73].
Die vorbezeichnete Gefahr ist dann besonders groß, wenn die tatsächliche Ähnlichkeit der gleichgestellten Sachverhalte auffällig ist, so daß die Versuchung entsteht, gerade diese Ähnlichkeit für den Kern der Fiktion zu halten. Tatsächliche Ähnlichkeit bedeutet jedoch nicht unbedingt auch rechtliche Übereinstimmung. W i e a c k e r [74] weist auf die Unzulässigkeit der "Übertragung körperlicher Verhältnisse auf Beziehungen, die zwischen Bedingungen rechtlichen Sollens bestehen", ausdrücklich hin. In gleichem Sinne sagt er [75], daß die Bildersprache einer entwickelten Rechtsdogmatik nicht schlechthin der archaischen Identifikation von Wirklichkeit und Fingiertem gleichgestellt werden (darf)."

2. Wenn auch mit der Erkenntnis, daß bei den Fiktionen nicht ein tatsächlicher, sondern ein rechtlicher Vergleichsmaßstab anzulegen ist, eine grundsätzliche Voraussetzung für ein richtiges Verständnis der Fiktionen gegeben ist, so ist doch weiter erforderlich und auch problematisch, den jeweiligen Vergleichsmaßstab und die Grenzen der rechtlichen Vergleichbarkeit zu erkennen. Gelegentlich macht es der analogische Charakter der Fiktion auch notwendig, die in einer Norm getroffenen Anordnungen nur entsprechend anzuwenden, d.h.

---

73) Vergl. auch S a x , Rechtsbegriffe S. 147, wonach Fiktionen sachlogische Strukturen nicht berühren und auch keine seinwidersprüchlichen Aussagen machen.

74) W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 448.

75) W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 450.

also, von der betroffenen Norm ein entsprechend abgewandeltes Normverständnis zu gewinnen [78].

Konkret ist damit die Problematik gemeint, die sich bei Fiktionen wie der des § 1589 BGB a.F. ergab, wo es der Rechtsanwendung überlassen war, in welchen Bereichen die Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern gültig war und wo nicht.

Die Schwierigkeit, von den betroffenen Normen unter dem Einfluß der Fiktion ein angepaßtes Normverständnis zu gewinnen, kann noch dadurch verstärkt werden, daß sich das zu gewinnende Normverständnis nicht ohne weiteres an den im System vorgezeichneten Mustern orientieren kann. Dies ist der Fall, wenn der Gesetzgeber, wie z.B. in § 108 BGB, verschiedene Sachverhalte in systemwidriger Weise miteinander verknüpft. Schweigen und Willenserklärung gleichzustellen, steht mit dem System des BGB nicht in Einklang, wo rechtsgeschäftliche Folgen grundsätzlich nur deshalb gelten, weil sie gewollt sind. Diese Fiktion, wie alle, die eine nicht abgegebene Willenserklärung fingieren, werfen eine doppelte Frage auf. Einmal ist zu klären, ob das Schweigen in allen Hinsichten, also auch bezüglich der Anfechtbarkeit oder der Gültigkeitsvoraussetzungen wie Geschäftsfähigkeit usw., einer bestimmten Willenserklärung gleichbewertet wird, oder ob die Gleichwertigkeit sich nur auf die konkrete Rechtsfolge beschränkt.

Bejaht man eine weitergehende Gleichwertigkeit, was angesichts fehlender Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen Schweigen zu der gleichen Rechtsfolge führen soll, wie eine bestimmte Erklärung und wann man die so eingetretene Rechtswirkung wieder beseitigen kann, wahrscheinlich und verständ-

---

76) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 181.

lich ist, so taucht gleich die zweite Frage auf, wie die für Willenserklärungen geltenden Vorschriften auf ein Schweigen entsprechend angewandt werden können. Für die Anfechtbarkeit wegen Irrtums bedeutet dies etwa, wie man sich eine entsprechende Anwendung der Vorschrift denken soll, wo doch ein Schweigen, bei dem sich der Betreffende möglicherweise nichts gedacht hat, nicht auf einem Inhalts- oder Erklärungsirrtum beruhen kann.
Nicht in jedem Fall ergeben sich aus der Systemwidrigkeit einer Fiktion die dargelegten Schwierigkeiten. Ob dies der Fall ist oder nicht, hängt von der mehr oder weniger komplexen Wirkung der Fiktion ab. § 1923 Abs. 2 BGB, wonach als vor dem Erbfall geboren gilt, wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, ist insofern systemwidrig, als das BGB die Rechtsfähigkeit grundsätzlich erst mit der Vollendung der Geburt beginnen läßt. Zu Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung führt diese Fiktion jedoch nicht, weil ihr Geltungsbereich nur punktuell und eindeutig ist.

Die in der Fiktion sich ausdrückende Analogie, die immer "nur zu einem problematischen Urteil" führt [77], kennzeichnet also auch die Fiktion in diesem Sinne. Wenn auch diese Problematik nicht in allen Fällen und nicht immer mit der gleichen Intensität hervortritt, so ist doch der analogische Charakter der Fiktion ihre hervorstechendste Eigenschaft, worin ihre Vorzüge und ihre Schwächen zugleich begründet sind.
Ihr analogischer Charakter verhilft der Fiktion insofern zu einem Vorzug, als die Ermittlung des maßgeblichen Vergleichsmaßstabes und dessen Bedeutungsumfang dem Rechtsanwender überlassen bleiben kann. Damit ermöglicht

---

77) K a u f m a n n , Analogie S. 6.

die Fiktion ein bestimmtes Maß an Flexibilität. Dies gilt natürlich nur für solche Fiktionen, deren Bedeutung nicht von vorneherein entweder durch den Zusammenhang, in dem sie stehen, oder durch ausdrückliche Bestimmungen des Gesetzgebers festgelegt ist. Ist dies nicht der Fall, so erweitert die Fiktion den Anteil des Rechtsanwenders an der Rechtsfindung, sie ist in noch höherem Maße als sonst, nicht nur "Reproduktion, sondern eine Produktion von Norminhalt" [78].

3. Dadurch gerät die Fiktion in eine weitere Problematik, in das Spannungsfeld nämlich von Rechtssicherheit und Flexibilität, d.h., von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit.
Rechtsnormen können nicht zeitlos gültig sein, weil Sein und Sollen der Veränderung unterliegen. Wenn sie jedoch nicht alsbald vom Flusse der Zeit überholt sein sollen, müssen sie mit einer gewissen Voraussicht ausgestattet sein. Wo die eigene Voraussicht des Gesetzgebers nicht ausreicht, kann er sie den Gesetzen dennoch in Form von Flexibilität verleihen. So kann gesagt werden, daß "eine vom Gesetzgeber sprachlich formulierte Rechtsnorm weder ausschließlich Willensakt oder Befehl, noch zeitlose objektive Vernunft ist, sondern den Versuch eines historischen Gesetzgebers darstellt, einen als möglich vorgestellten sozialen Sachverhalt in einer seinen Wertmaßstäben entsprechenden Weise mit 'relativem Ewigkeitsanspruch' rechtlich zu regeln" [79].
Fiktionen gestatten wegen ihrer Offenheit

---

78) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 70.

79) H i r s c h , in JuS 1962, 334.

eine Anpassungsfähigkeit der Rechtsnormen, sie vermögen den "relativen Ewigkeitsanspruch" zu sichern. Wenn der Gesetzgeber z. B. die Sachverhalte a und b unter einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt gleichgestellt hat und diese Gleichstellung wegen eines Wandels der Rechtsauffassung oder neuer Erkenntnisse bezüglich der Sachverhalte nicht mehr gerechtfertigt erscheint, ist es möglich, den Geltungsbereich der Fiktion jeweils im Hinblick auf den bestimmten Normsinn zu erweitern oder einzuschränken, sofern der Gesetzgeber den Geltungsbereich der Fiktion nicht festgelegt hatte. Andererseits ist zu beachten, daß gerade in den Fällen, in denen Fiktionen ihre Flexibilität in vollem Maße ausspielen können, dort nämlich, wo der Gesetzgeber die Ermittlung des Geltungsbereichs der Fiktion völlig oder weitgehend dem Rechtsanwender überläßt, dieser Vorgang zu einer an den Maßstäben der Gerechtigkeit nicht mehr zu kontrollierenden Phantasieleistung des Rechtsanwenders werden kann. Die Flexibilität entartet dann zur Rechtsunsicherheit.

4. Allerdings sind diese, mit der Verwendung von Fiktionen verbundenen Gefahren nicht unbeeinflußbar. Dem Gesetzgeber stehen Möglichkeiten zur Verfügung, die erwähnte Rechtsunsicherheit zu verhindern. Weil sich die Rechtsunsicherheit aus der Unklarheit über den Geltungsumfang der Fiktion ergibt, bestehen die angesprochenen gesetzgeberischen Maßnahmen darin, den Geltungsbereich einer Fiktion zu bestimmen.
Dies kann einmal dadurch geschehen, daß der Gesetzgeber das Rechtsgebiet bezeichnet, für das die Fiktion Geltung haben soll. Dies setzt allerdings voraus, daß die betreffende Fiktion ohne stärkere Differenzierung für ein bestimmtes Rechtsgebiet einheitlich gilt. So hätte z. B. dem § 1589 Abs. 2 BGB a.F. der Zusatz bei-

gefügt sein können, daß das nichteheliche Kind "bezüglich der elterlichen Gewalt, des Unterhalts und Erbrechts" mit seinem Vater als nicht verwandt gelte. Die Richtigkeit dieser Abgrenzung einmal unterstellt, wäre damit klar gewesen, daß die genannte Fiktion keine Auswirkungen im Bereich der Eheverbote und des Zeugnisverweigerungsrechts haben sollte. Der Nachteil einer solchen Klarstellung besteht in ihrer mangelnden Differenziertheit, so daß sie nur bei solchen Fiktionen möglich ist, deren Geltungsbereich dadurch nicht unsachgemäß eingeschränkt oder erweitert wird.

Eine andere Hilfe, die der Gesetzgeber zum richtigen Verständnis der Bedeutung einer Fiktion geben kann, besteht in der Aufzählung der einzelnen Vorschriften, auf deren Tatbestand sich die Fiktion auswirken soll. Diese Methode verwendet der Gesetzgeber häufig bei den expliziten Verweisungen. So enthält § 163 BGB z.B. die Anordnung, daß auf die Befristung eines Rechtsgeschäfts die Vorschriften der §§ 158, 160 und 161, die für die Bedingung gelten, entsprechend anwendbar sind.
Die in § 163 enthaltene Verweisung hätte in Fiktionsform etwa so lauten können, daß eine Befristung einer Bedingung für die §§ 158, 160 und 161 gleichstehe.
An diesem Beispiel wird deutlich, daß die Fiktion zwar nicht weniger eindeutig wäre, als die vom Gesetzgeber gewählte Verweisungsform, dieser jedoch an Anschaulichkeit und Verständlichkeit nachstünde.
Grundsätzlich läßt sich jedoch ersehen, daß sich der Bedeutungsumfang einer Fiktion durch die Bezeichnung der tangierten Vorschriften festlegen läßt. Je präziser indessen die Bedeutung einer Fiktion festgelegt wird, um so unflexibler wird sie. Das bedeutet andererseits einen Zuwachs an Rechtssicherheit, weil der Gesetzgeber die Ermittlung des Geltungsumfanges der

Fiktion selbst bestimmt und nicht dem Rechtsanwender überläßt. In diesen Fällen stellt sich dann die Frage nach den Vorzügen der Fiktion gegenüber anderen Verweisungsformen, weil sie nur durch solche gerechtfertigt werden kann.

Eine flexiblere Methode, der Fiktion gewissermaßen eine Gebrauchsanweisung beizufügen, ergibt sich aus der Bedeutung des "tertium comparationis" für die Fiktion. Da der Vergleichsmaßstab bei der Anwendung von Fiktionen der Dreh- und Angelpunkt ist, kann durch dessen Hervorhebung die Anwendung von Fiktionen sicherer gemacht werden.

Wo nämlich erkannt werden kann, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt tatsächlich Verschiedenes gleichbewertet werden soll, läßt sich leichter beurteilen, in welche Vorschriften die betreffende Fiktion hineinwirken kann.

So hat der Gesetzgeber in § 114 BGB ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Gleichstellung des wegen Geistesschwäche usw. Entmündigten mit einem Minderjährigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, nur "in Ansehung der Geschäftsfähigkeit" gilt. Diese Methode hätte sich auch bei der Fiktion des § 1589 Abs. 2 a.F. anwenden lassen. Der Gesetzgeber hätte den tragenden rechtlichen Gesichtspunkt etwa durch die Formulierung hervorheben können, daß das nichteheliche Kind mit seinem Vater "im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit der Ehe", oder wie immer man den maßgeblichen Gesichtspunkt bezeichnen wollte, als nicht verwandt gelte.

Diese Methode, das "tertium comparationis" hervorzuheben, hat den Vorteil, daß sie der Fiktion ein bestimmtes Maß an Flexibilität läßt, der Rechtsunsicherheit aber entgegenwirkt.

Schwieriger ist hingegen die Kennzeichnung der Wirkung von Fiktionen, wenn die Rechtsfolgen der von ihnen betroffenen Normen nicht unverändert, sondern nur analog abgewandelt

auf den gleichgestellten Sachverhalt angewandt werden können. Dies läßt sich an dem bereits erwähnten Beispiel des § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB zeigen, der für alle ähnlichen Normen stehen mag, in denen der Gesetzgeber das Schweigen einer bestimmten Willenserklärung gleichstellt.

Wenn also das Schweigen der Verweigerung der Genehmigung gleichstehen soll, so ist zu fragen, ob sich die Gleichbewertung nur auf diese Rechtswirkung bezieht, oder ob zugleich Ähnlichkeiten mit der allgemeinen Bedeutung von Willenserklärungen bestehen und wenn ja, welche. Konkret lautet die Frage, ob z.B. solche fingierte Willenserklärungen nach den Regeln der §§ 119 und 123 BGB anfechtbar sind, oder ob die Wirksamkeitsvoraussetzungen eines solchen Schweigens sich mit denen der Willenserklärungen decken.
Zur Lösung dieser Fragen hätte der Gesetzgeber beitragen können, indem er etwa bestimmt hätte, daß man sich von der Wirkung fingierter Willenserklärungen unter analogen Voraussetzungen lösen kann, wie bei tatsächlich abgegebenen und daß sie auch nur unter den gleichen Voraussetzungen zugerechnet werden können. Damit wäre zwar immer noch die Analogie im Einzelfall zu vollziehen gewesen. Es wäre jedoch auf die Notwendigkeit eines angepassten Normverständnisses hingewiesen.

Wenn im vorstehenden von dem Bedürfnis und den Möglichkeiten die Rede war, Hilfen für die Anwendung von Fiktionen zu geben, so ist zweierlei zu bemerken:
Wo die gesetzgeberischen Hilfen selbst zu unübersichtlichen und komplizierten Vorschriften führen würden, ist Ausschau nach besseren Gesetzestechniken zu halten und auf die Fiktion zu verzichten.
Zum anderen können Fiktionen auch ohne einen Hinweis ausreichend klar sein oder aber durch eine kurze Erläuterung klargestellt werden Oft läßt sich aus dem systematischen Zusammen-

hang heraus oder aus der Plazierung einer Fiktion in einer Rechtsnorm klar erkennen, für welchen Bereich sie gelten soll. Gelegentlich genügt auch ein kurzer Hinweis des Gesetzgebers, um über die Relativität der Gleichstellung Auskunft zu geben. So gilt nach § 49 Abs. 2 BGB ein Verein nach seiner Auflösung bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, "soweit der Zweck der Liquidation es erfordert". Durch diesen Zusatz sind Zweifel darüber ausgeschlossen, in welchen Hinsichten der Verein als fortbestehend angesehen werden soll.
Auch der Bedeutungsumfang der Fiktion des § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach einer rechtsgeschäftlichen Verfügung eine solche gleichsteht, die im Wege der Zwangsvollstreckung vorgenommen wird, ergibt sich eindeutig daraus, daß der Gesetzgeber nur von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen während der durch die Bedingung herbeigeführten Schwebezeit spricht. Auch aus dem Zusammenhang läßt sich entnehmen, daß die Gleichstellung keine globale, sondern nur diese spezielle Wirkung haben soll.
Den Geltungsbereich der Fiktion des § 9 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Gesetzgeber ebenfalls klargestellt. In Abs. 1 der Vorschrift ist bestimmt, daß als Wohnsitz eines Soldaten, der im Innland keinen Standort hat, der letzte inländische Standort gilt. Nach Abs. 2 finden "diese Vorschriften keine Anwendung auf Soldaten, die nur aufgrund der Wehrpflicht Wehrdienst leisten...".

Abschließend kann gesagt werden, daß eine Fiktion in ihrer Bedeutung umso eindeutiger ist, je dominierender der rechtliche Sinn ist, auf den sie sich bezieht, daß Verständnishilfen also in gleichem Maße entbehrlich sind.

11. KAPITEL

DIE ABHÄNGIGKEIT DER FIKTIONEN VON DER KONKRETHEIT DES AUSGEDRÜCKTEN NORMSINNES UND DER SPRACHLICHEN FASSUNG DER GESETZE

Unabhängig von der Tauglichkeit der Fiktionen im Einzelfall gibt es Bedingungen für die Wahrscheinlichkeit, mit der der Gesetzgeber sie verwendet. Während Fiktionen, wie gezeigt, zur Flexibilität von Normen beitragen können, so sind sie ihrerseits durch die Allgemeinheit bzw. Konkretheit des Norminhalts und der zu seiner Formulierung verwendeten sprachlichen Ausdrucksmittel bedingt.
Dies ist nur folgerichtig, da ein gesetzgeberisches Mittel, welches Grenzen zu überwinden in der Lage ist, dort am ehesten eingesetzt werden kann, wo solche Grenzen auftreten.

1. Je spezieller eine Norm in ihren Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgeanordnungen ist, um so eher gerät sie an die Grenzen mangelnder Flexibilität, die durch die Vielfalt und Wandelbarkeit von Sein und Sollen aufgezeigt werden.
Unter der Konkretheit einer Norm wird dabei ihre Stellung verstanden, die sie als "seinsbezogenes Sollen" [80] zwischen der abstrakt allgemeinen Rechtsidee und der konkreten Rechtsentscheidung einnimmt. Während die Rechtsidee nur einen sehr abstrakten Bezug zum konkreten Sein hat, wird in der Formulierung einer Rechtsnorm durch die Verknüpfung von vorgestelltem Sein und Sollen ein solcher Be-

80) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 45.

zug hergestellt. Dieser Bezug des Sollens ist aber nicht ein solcher zum konkreten, individuellen Sein. Diese Verbindung wird erst in der konkreten Rechtsentscheidung verwirklicht. Dort wird die in der Norm angelegte Entscheidung am individuellen Lebenssachverhalt konkretisiert. Konkrete Seinssituation und Norm werden in Entsprechung gebracht[81]. Normen müssen sich also, was das Maß ihrer Konkretheit angeht, zwischen dem Pol der Rechtsidee und der Entscheidung des Einzelfalles bewegen. Dabei können sie mehr dem einen oder dem anderen Extrem zuneigen. So ist die Norm, daß ein Schuldner die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erbringen habe (§ 242 BGB), weit weniger konkret und der Rechtsidee in ihrer Allgemeinheit näher als etwa § 30 Abs. 3 StVO, wonach an Sonn- und Feiertagen in der Zeit von 0.00 bis 22.00 Uhr Lastwagen mit einem zulässigen Gesamtgewicht über 7,5 t nicht verkehren dürfen. Je allgemeiner eine Norm ihrem Sinn nach gehalten ist, um so durchgängiger kann sie einen bestimmten rechtlichen Sinn enthalten, so daß Fiktionen, die über Normen hinweg rechtlich Gleichsinniges zusammenfassen, im Zusammenhang mit allgemeinen Normen weniger wahrscheinlich sind als mit stark differenzierenden Gesetzen[82]. Die Wahrscheinlichkeit, mit der der Gesetzgeber Fiktionen verwendet, ist daher proportional dem Maß der Konkretheit und Differenziertheit der Norminhalte.

2. Wie bereits festgestellt (S. 31/32), sind

---

81) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 14.

82) Vergl. W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 450, der Fiktionen in Abhängigkeit von dem Stand der Differenzierung unserer Normen bringt.

Fiktionen darüberhinaus auch sprachlich bedingt. Je enger die vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe sind, um so eher wird die Notwendigkeit auftreten, die begrifflichen Grenzen im Interesse der übergreifenden Gerechtigkeit zu überwinden. Obwohl ein Zusammenhang zwischen der Differenziertheit der Normen und der verwendeten Begriffe besteht, muß die begriffliche Komponente dennoch als selbständige Bedingung von Fiktionen betrachtet werden. Dies wird an den Fällen der analogen Anwendung von Normen deutlich, wo die begriffliche Fassung einer Norm eine direkte Anwendung auf einen anderen Sachverhalt ausschließt. Während der Rechtsanwender sich in solchen Fällen durch eine analoge Anwendung der Norm helfen kann, ist der Gesetzgeber in der Lage bzw. gezwungen, die zunächst zu eng formulierte Norm auf weitere Sachverhalte auszudehnen. Dies kann einmal durch die Verwendung eines weiteren Begriffes oder auch durch eine Fiktion geschehen, da sie über begriffliche Grenzen hinaus rechtliche Gleichsinnigkeit herstellt. Daraus folgt, daß die Häufigkeit und Wahrscheinlichkeit von Fiktionen von der Enge bzw. Flexibilität der verwendeten Begriffe abhängt.

Als enge Begriffe in diesem Sinne sind die abstrakt-allgemeinen oder Klassenbegriffe anzusehen, die durch eine "begrenzte Anzahl isolierender 'Merkmale' definiert" sind [83]. Während diese Begriffe infolge der angestrebten Vollständigkeit ihrer Merkmale ein hohes Maß an Präzision erreichen können, sind sie andererseits wegen des unelastischen Gefüges ihrer Merkmale in der Gefahr der Sinnleere [84].

---

83) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 38.

84) Vergl. W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 445;
B r u n n e r , Erkenntnistheorie S. 68.

Klassenbegriffe sind ohne Bezug zum "Bauplan" der Wirklichkeit [85]. Sie tragen "mit ihrem starren aut-aut dem Flusse des Lebens nicht genügend Rechnung" [86]. Der Klassenbegriff "kann nur Gleichheit oder völlige Verschiedenheit ausdrücken, aber nicht eine Unterschiedenheit einer wesensmäßigen Einheit [87].

Dem Klassenbegriff ist in diesem Zusammenhang der Typus gegenüberzustellen. Dieser ist durch seine Verbindung zum Sinnhaften gekennzeichnet. Er "macht Zusammenhänge bewußt, das Allgemeine wird in ihm anschaulich, 'ganzheitlich' erfaßt" [88]. Er stellt ein "elastisches Merkmalsgefüge" dar [89], bei dem die einzelnen Merkmale mehr oder weniger gegeben sein können, also abstufbar sind, oder auch gänzlich fehlen können, ohne daß damit die Zugehörigkeit zum Typus entfallen müßte [90]. Der Typus ist ein "vorzugsweise mit Realität gefülltes Gedankengebilde" [91]. Er ist also "in seinen Konturen nichts Starres, Unwandelbares" [92], so daß er sich mit dem Sein oder Sollen verwandeln kann.

Der normative Typus hat nicht nur eine Beziehung zum Sein sondern auch zum Sollen, insofern er "Mitte zwischen Rechtsidee und Lebenssachverhalt" ist [93], so daß beim Typus

---

85) E n g i s c h , Konkretisierung S. 239.

86) E n g i s c h , Konkretisierung S. 242.

87) K a u f m a n n , Rechtsphilosophie S.221.

88) K a u f m a n n , Analogie S. 38.

89) L e e n e n , Typus S. 34.

90) L e e n e n , Typus S. 34.

91) E n g i s c h , Konkretisierung S. 239.

92) K a u f m a n n , Analogie S. 38.

93) K a u f m a n n , Analogie S. 38.

über den in ihm enthaltenen Wertgesichtspunkt, ohne den Typen nicht gedacht werden können[94], die Anpassungsfähigkeit an ein wechselndes Normverständnis gegeben ist.
Aus dem Verhältnis, das Klassenbegriff und Typus zur Flexibilität haben, folgt ihre Bedeutung für die Wahrscheinlichkeit, mit der der Gesetzgeber Fiktionen verwendet. Der starre Klassenbegriff, der nur das "scharfe Entweder-Oder" kennt[95], ist eine Vorbedingung für Fiktionen, deren Aufgabe gerade in der Überwindung begrifflicher Grenzen unter dem Gesichtspunkt eines Sinngleichen besteht. Der flexibelere Typus bietet wegen seiner Sinnhaftigkeit weniger solche begrifflichen Grenzen, die von Fiktionen überwunden werden könnten.
Wenn das Gesetz z.B. in § 106 BGB denjenigen, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, für beschränkt geschäftsfähig erklärt, so tut es dieses unter Verwendung eines Klassenbegriffes. Beschränkt geschäftsfähige Personen sind nach ihrem Lebensalter gekennzeichnet, so daß die Zugehörigkeit zu diesem Personenkreis in konkretem Fall zweifellos festgestellt werden kann.
Sinn der beschränkten Geschäftsfähigkeit ist, Rücksicht auf die Unerfahrenheit bzw. fehlende volle geistige Entwicklung eines bestimmten Personenkreises zu nehmen. Diese Gesichtspunkte treffen aber auch auf Personen unabhängig von ihrem Lebensalter zu, nämlich auf solche, die unter einer Geistesschwäche leiden oder zur Verschwendung oder Trunksucht neigen. Diesen Personenkreis etwa als im Rechtsverkehr wegen Unerfahrenheit und geistiger Behinderung Schutzwürdige zu definieren, hätte zwar den Vorteil gehabt, daß der maßgebende Gesichtspunkt zum Ausdruck gekommen wäre. Andererseits wäre ein solcher Begriff wegen seiner Unbe-

---

94) Vergl. L e e n e n , Typus S. 43.

95) K a u f m a n n , Analogie S. 38.

stimmtheit gerade für die im Rechtsverkehr erforderliche Klarheit untauglich gewesen. Den Typus der "für den Rechtsverkehr lediglich bedingt tauglichen Personen" hat der Gesetzgeber in Klassenbegriffe aufgesplittert. Um die Verbindung der durch Sinneinheit verknüpften Sachverhalte zu erreichen, bedient er sich der Fiktion des § 114 BGB, wo die Klassenbegriffe "wegen Geistesschwäche, Trunksucht und Verschwendung Entmündigter" und "der Minderjährige, der das 7. Lebensjahr vollendet hat" zum Sinnganzen des schutzwürdigen Typus zusammengefaßt werden.
Die Fiktion ist in diesem Falle dadurch bedingt, daß der Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit zur Kennzeichnung der schutzwürdigen Personen Klassenbegriffe gewählt hat, die gemessen am Sinnzusammenhang jeweils zu eng sind.

Diese begriffliche Bedingtheit der Fiktion läßt sich auch am Beispiel des § 911 BGB aufzeigen. Diese Vorschrift will die Sinngleichheit herstellen, die zwischen den auf einem Grundstück gewachsenen und auf es herübergefallenen Früchten besteht. Unter dem Gesichtspunkt, welche Früchte im Hinblick auf ihr rechtliches Schicksal einem bestimmten Grundstück als seine "Produkte" zugeordnet werden können, werden die auf ein Nachbargrundstück hinübergefallenen den dort gewachsenen Früchten gleichgestellt.

Dem Gesetzgeber stehen Klassenbegriffe und Typen grundsätzlich als zwei Möglichkeiten zur Formulierung von Rechtssätzen zur Verfügung[96].

---

96) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 39; L e e n e n , Typus S. 87/88.

Welcher Möglichkeit er im Einzelfall den Vorzug gibt, hängt mit von den Erfordernissen an Rechtssicherheit bzw. Flexibilität ab, die an die jeweiligen gesetzlichen Anordnungen zu richten sind.
Im übrigen ist auch die Tauglichkeit von Typen nicht unbestritten. Ohne die darüber noch im Gang befindliche Diskussion hier aufnehmen zu können, soll doch die Problematik wenigstens angedeutet werden. Unabhängig davon, wo man die Grenzen der Möglichkeiten für Typen im Einzelfalle sieht, bleibt für diesen Zusammenhang festzustellen, daß die Wahrscheinlichkeit für Fiktionen um so größer ist, je enger die verwendeten Begriffe sind und umgekehrt, daß Typen wegen ihrer größeren Sinnfülle und -weite Fiktionen weitgehend überflüssig machen können.
Was nun die Sinnfülle des Typus angeht, so sagt K a u f m a n n [97], daß der Typus zwar "inhaltlich reicher, geistiger, sinnhafter, anschaulicher als der abstrakt definierte Begriff" sei. Seiner Elastizität steht aber die Gefahr der Rechtsunsicherheit gegenüber, zumal wenn auf seine nähere Umschreibung verzichtet wird. Der Umfang solcher Begriffe, wie der auch von K a u f m a n n [98] zitierte Begriff der Beleidigung in § 185 StGB, wird erst in der Kasuistik der Rechtsanwendung endgültig ermittelt [99].
Daß der Vorteil der Flexibilität des Typus voll zur Geltung kommen kann, wenn der Gesetzgeber den Typus beschreibt, ist z.B. an § 114 ZPO sichtbar, wo definiert ist, was der Gesetzgeber unter "Armut" in diesem Zusammenhang versteht. E s s e r [100] wendet gegen

---

97) K a u f m a n n , Analogie S. 39.

98) K a u f m a n n , Analogie S. 39.

99) Vergl. L e e n e n , Typus S. 93.

100) E s s e r , Enzyklopädie S. 24.

Typen als Versuch, "der Fülle des Seins oder Sinns gerecht zu werden", ein, daß auch eine typologische Erfassung des "Seins für die letztlich entscheidende Frage nach dem rechtlichen 'Sollen' nichts besagen kann, daß sich der Sinn nur spekulativ anmaßend bestimmen läßt".
Typen auf der einen und Klassenbegriffe auf der anderen Seite stehen sich wohl nicht als sich ausschließende Alternativen gegenüber. Klassenbegriffe, deren Mangel W i e a c k e r [101] z.B. "abgesehen von (einer) etwaigen falschen und leeren Allgemeinheit des Begriffes" darin sieht, "daß die Beziehung des Begriffsmerkmals auf den Gerechtigkeitswert des Sachverhaltes unkontrollierbar, gleichsam mythologisch werden kann", können vielmehr durch den Zusammenhang mit Typen sinnhafter und Typen durch Beschreibung exakter werden [102].

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß Fiktionen in einer Abhängigkeit von der Allgemeinheit bzw. Differenziertheit der Rechtsnormen stehen, daß sie darüber hinaus auch von der Sinnhaftigkeit und Anpassungsfähigkeit der vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe abhängen. Die Verwendung flexibler Begriffe, wo dies im Hinblick auf den jeweiligen Gesetzeszweck möglich ist, kann Fiktionen überflüssig machen.

---

101) W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 445.

102) Vergl. auch K a u f m a n n , Analogie S. 39, der eine solche mittlere Methode empfiehlt.

12. KAPITEL

GRENZEN FÜR DIE VERWENDUNG VON FIKTIONEN

Fiktionen sind nicht unbegrenzt möglich. Grenzen für ihre Verwendung ergeben sich sowohl aus ihrer funktionalen Bezogenheit auf die Gerechtigkeit, wie aus den Bedingungen der rechtlichen Systematik und sprachlicher Bedingtheiten. Aber auch aus den Feststellungen des vorangehenden Kapitels folgen Grenzen für die Verwendung von Fiktionen. Allerdings bestehen diese in der mangelnden Gelegenheit für Fiktionen, weil allgemeine Normen und flexible Begriffe sie überflüssig machen. Gewichtiger und aussagekräftiger sind hingegen die Grenzen, die sich aus dem Wesen der Fiktionen selbst ergeben.

1. Fiktionen als Mittel der rechtlichen Gleichbehandlung des tatsächlich Verschiedenen finden ihre Grenze an den Erfordernissen der Gerechtigkeit. Da der innere Grund der Fiktionen in der rechtlichen Ähnlichkeit der Tatbestände liegt [103], ist die Möglichkeit für die Verwendung von Fiktionen dort zu Ende, wo die tatsächliche Verschiedenheit nach einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung verlangt. Diese Begrenzung der Möglichkeiten für Fiktionen läßt sich als die Verpflichtung des Gesetzgebers definieren, kein ungerechtes Recht zu setzen.
Wann diese Grenze erreicht ist, läßt sich nur für die konkrete Gesetzesregel sagen. Ob verschiedene Sachverhalte nämlich rechtlich gleichwertig sind, hängt vom jeweiligen rechtlichen Gesichtspunkt ab, unter dem die Sachverhalte verglichen werden.

---

103) Vergl. K a u f m a n n , Analogie S. 20.

S a x [104] zeigt die gerechtigkeitsbedingte Grenze für Fiktionen am Beispiel der menschlichen Handlung auf. Es sei unzulässig, so führt er aus, "eine unbewußte menschliche Körperbewegung als Handlung gesetzlich zu fingieren. Und zwar unzulässig nicht wegen der Bindung an sachlogische Strukturen... sondern weil mit dem unmittelbar auf den Menschen bezogenen Regelungsgehalt dieser Fiktion das Recht als homonis ad hominem proportio seinen ersten und letzten Ausgangs- und Bezugspunkt verlöre."
Würde der Gesetzgeber rechtlich Unvergleichbares mit dem Mittel der Fiktion den gleichen Rechtsfolgen unterwerfen, so müßte er mit dem Gebot der Gerechtigkeit in Konflikt kommen. In diesem Falle würde schon die gesetzgeberische Anordnung und nicht erst die Rechtsanwendung ein Problem der Gerechtigkeit darstellen.

2. Dem Gesetzgber sind aber auch dort Grenzen für die Verwendung von Fiktionen gesetzt, wo der für die Gleichstellung maßgebliche rechtliche Gesichtspunkt nicht ausreichend deutlich ist (vergl. S. 72 ff.).
Gemeint sind Fiktionen, die nicht das jeweils zu bestimmende erforderliche Maß an Rechtssicherheit bieten, sondern die Ermittlung der Reichweite rechtlicher Vergleichbarkeit dem Rechtsanwender völlig überlassen.
Es kommen aber auch Fiktionen in Betracht, deren Unsicherheit bezüglich ihres Regelungsgehalts darauf beruht, daß die gleichgestellten Sachverhalte nur unter einem ganz unbedeutenden und abliegenden Aspekt rechtlich vergleichbar sind.
Sachverhalte im Hinblick auf eine minimale rechtliche Vergleichbarkeit einander gleichzustellen, wäre verfehlt, da das "tertium comparationis", das Kernstück der Fiktion, nicht

---

104) S a x , Über Rechtsbegriffe S. 147.

sinnfällig werden könnte.
Da die Gesetzesfiktion ihrer Form nach zunächst totale Gleichstellung auszudrücken scheint und ihre Geltungsbeschränkung sich erst aus den gesetzlichen Einschränkungen bzw. ihrem Sinn ergibt, kann es nicht sinnvoll sein, zwei Sachverhalte einander gleichzustellen, dann aber zu verlangen, daß diese Gleichstellung alsbald bis auf einen unbedeutenden Bereich wieder eingeschränkt wird.
Dieses Problem wird von H a t z [105] wenn auch in einem etwas anderen Zusammenhang angesprochen. H a t z geht davon aus, daß juristische Begriffe nur bis zu einem gewissen "denkpraktischen" Grade zerlegbar sind. Er wirft die Frage auf, ob durch Kombination von Begriffsmerkmalen aus verschiedenen Begriffen neue gebildet werden können. Nach der grundsätzlichen Bejahung dieser Frage sieht er diese "theoretische Möglichkeit" durch das praktische Bedürfnis der Denkpraktikabilität stark eingeschränkt.
Auf die Grenzen der Möglichkeiten für Fiktionen bezogen bedeutet dies, daß Fiktionen nur dann "denkpraktikabel" sind, wenn die in den verschiedenen Sachverhalten enthaltenen, die rechtliche Gleichbewertung rechtfertigenden Elemente in einer solchen Weise gedanklich faßbar sind, daß der Sinn und die Berechtigung der Fiktion einleuchtend werden kann. Damit ist die hinter jeder Fiktion stehende, gegebenenfalls auch begrifflich zu formulierende Vorstellung über die rechtliche Gemeinsamkeit des tatsächlich Verschiedenen gemeint.
Die Fiktion des § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB z.B. ist auf die rechtliche Gemeinsamkeit gegründet, die zwischen der Verweigerung der Genehmigung und dem in einer bestimmten Situation beobachteten Schweigen besteht. Das Gemeinsame dieser verschiedenen Sachverhalte, die

---

105) H a t z , Rechtssprache S. 60.

Qualität nämlich, rechtlicher Zurechnungsgrund zu sein, läßt sich zwar nicht exakt in einem einheitlichen Begriff fassen, jedoch "praktikabel" denken und auch beschreiben. Als Gegenbeispiel sei der bereits erwähnte § 935 Abs. 1 Satz 2 BGB erwähnt, (vergl. S. 53/54), der auch in Form einer Fiktion abgefaßt sein könnte. In § 935 Abs. 1 Satz 1 wird der gutgläubige Eigentumserwerb ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Anstatt in Satz 2 zu sagen, daß dies auch gilt, wenn der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer war und die Sache dem mittelbaren Besitzer abhanden gekommen war, hätte auch die Fiktion stehen können, daß als Eigentümer auch der unmittelbar besitzende Nichteigentümer gelte, wenn er dem Eigentümer den Besitz vermittelt.

Eine solche Fiktion wäre denkunpraktikabel und daher abzulehnen. Es wäre nämlich nicht einsichtig, welche rechtlich bedeutsamen Gemeinsamkeiten Eigentümer und besitzender Nichteigentümer im Sinnzusammenhang des § 935 haben. In dieser Vorschrift steht nämlich nicht die Eigentümerqualität im Vordergrund, sondern der vom Eigentümer nicht zu vertretende Rechtsschein, auf den sich der gutgläubige Erwerber stützt. Diesen Gesichtspunkt würde die Fiktion nicht zum Ausdruck bringen. Zwar besteht zwischen Eigentümer und Besitzer in diesem Zusammenhang eine Gemeinsamkeit, insofern es nicht darauf ankommt, ob dem Eigentümer oder dem Besitzer die Sache abhanden gekommen ist. Diese besteht aber nur unter einem ganz engen, ganz speziellen Blickwinkel, so daß sie praktikabel nicht mehr gedacht werden kann. Fiktionen sind daher um so verständlicher, je größer der Bereich rechtlicher Ähnlichkeit bei den verschiedenen Sachverhalten ist. Wo eine Grenze für die Ermittlung ihres Sinnes gekommen ist, befindet sich eine Grenze für die Fiktion selbst.

3. Grenzen für die Verwendung von Gesetzesfiktionen ergeben sich auch aus der sprachlichen Komponente der Fiktion.
Wie bereits dargestellt (S. 28/29 ff.), kann der Gesetzgeber bei der Formulierung von Gesetzen nicht jede Rücksicht auf die Rechtsunterworfenen außer acht lassen. Gleichstellungen, die vordergründig nun einmal den Eindruck tatsachenorientierter Aussagen machen, dürfen wegen dieses psychologischen Aspektes nicht in schockierender Weise Verschiedenes in Zusammenhang bringen bzw. Gleiches voneinander trennen. Etwas von dem Unverständnis gegenüber solchen Fiktionen ist insbesondere von Laienseite dem § 1589 Abs. 2 BGB a.F. entgegengebracht worden, der sich in seiner Ausdrucksweise über natürliche Gegebenheiten rigoros hinwegzusetzen schien.
Hier wird die psychologische Komponente der Begriffe bedeutsam, die beim Verständnis von Rechtsbegriffen eine Rolle spielt. H a t z [106] spricht von der logisch-psychologischen Doppelnatur der Begriffe.
Im selben Sinne hebt K a u f m a n n [107] die Zweidimensionalität der Sprache hervor. Dieses Faktum stellt eine Grenze für Fiktionen dar. Zunächst folgt aus dieser Doppelnatur, daß die "teleologische" Umformbarkeit der Begriffe durch das psychologische Vorverständnis in der Gesellschaft begrenzt wird. Der Einfluß der gesetzgeberischen Absicht auf einen Begriff kann nicht dazu führen, unter ihm etwas zu seiner allgemeinen Bedeutung völlig Konträres zu verstehen. Kann also eine "teleologische" Umkehrung eines Begriffes gegen seine psychologische Komponente nicht gelingen, so verbietet es der gleiche Umstand, zwei psychologisch als unvereinbar empfundene Sachverhalte gleichzustellen.
Daraus folgt, daß Fiktionen in ihren Gleich-

---

106) H a t z , Rechtssprache S. 45.

107) K a u f m a n n , Rechtsphilosophie S. 348.

stellungen auf diesen Aspekt Rücksicht nehmen müssen. Ob und wann das Empfinden aufkommt, die Fiktion vergleiche Unvereinbares, hängt im Einzelfall davon ab, welches Gewicht die psychologische Komponente hat und ob sich die rechtliche Seite des Begriffes dagegen durchsetzen kann.

4. Als Grenze für Fiktionen kann sich auch die rechtliche Systematik auswirken.
Damit ist gemeint, daß die in den Fiktionen enthaltenen Gleichstellungen nicht ohne Rücksicht auf die systematische Einordnung vorgenommen werden können. In § 515 BGB heißt es z.B.: "Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung." Mit dieser Vorschrift hat sich der Gesetzgeber die besondere Regelung des Tausches erspart, indem ausdrücklich auf die Vorschriften für den Kauf verwiesen wird.
Diese Wirkung hätte auch durch die Verwendung einer Fiktion erreicht werden können, nach deren Inhalt als Kauf auch der Tausch gelte. Daß der Gesetzgeber sich dieser Fiktion nicht bedient hat, hängt sicher nicht mit einer Zurückhaltung gegenüber Fiktionen zusammen, die er im BGB tatsächlich auch nicht gezeigt hat. Die Gründe liegen woanders. Die systematische Differenzierung, die in den Begriffen Kauf und Tausch zum Ausdruck kommt, wäre durch eine solche Fiktion wieder völlig aufgehoben worden. Bei einem solchen Verfahren hätte sich die Frage erheben müssen, welchen Sinn die Trennung von Tausch und Kauf hat, wenn diese sogleich wieder aufgehoben wird. Es ist zwar nicht zu übersehen, daß auch durch die vom Gesetzgeber gewählte Form der Verweisung die systematische Bedeutung des Tausches weitgehend hinter der des Kaufes zurücktritt. Immerhin ist durch diese Formulierung eine Grundform des Güteraustausches, nämlich der Tausch, als Rechtsnorm in das Gesetz aufgenommen. Dieses Bewußtsein hätte die Fiktion durch die begriffliche Vermischung beider

Rechtsformen nicht aufrechterhalten können.

In diesen Zusammenhang gehören auch die Fiktionen, die systemgerechte und systemfremde Tatbestände miteinander verknüpfen.
Gemeint sind Fiktionen wie die §§ 108, 415 Abs. 2 Satz 2, 612, 632 und 1923 Abs. 2 BGB.

In all diesen Fällen führen die Fiktionen dazu, daß die sonst nur von bestimmten Umständen hervorgerufenen Rechtsfolgen auch von solchen Tatbeständen ausgelöst werden, denen nach der Systematik des Gesetzes diese Bedeutung nicht zukommt. Das bedeutet, daß rechtsgeschäftliche Folgen auch durch Nichtstun hervorgerufen werden und im Falle des § 1923 Abs. 2 die Rechtsfähigkeit einem noch nicht Geborenen zuerkannt wird.
Solche Fiktionen sind nicht schon deshalb unzulässig, weil sie einfach systemwidrig sind. Sie werden es jedoch dann, wenn sie die sinnvolle Wirkung eines nicht als Selbstzweck verstandenen Systems beeinträchtigen, d.h., die im System ausgedrückten Wertentscheidungen verwischen. Dazu ist eine Vielzahl von Fiktionen in der Lage, die zwar nach außen die Unversehrtheit des Systems vorspiegelt, in Wirklichkeit jedoch demonstriert, daß das System nur unzulänglich die für eine bestimmte Rechtsfolge maßgebenden Sachverhalte erfaßt. Schließlich heißt dies, daß sich der Gesetzgeber nicht an vorhandene Regelungsmuster mit Hilfe von Fiktionen anlehnen darf, wo die Schaffung besonderer dogmatischer Einrichtungen notwendig wäre.
Wo diese Grenze erreicht ist, muß für jeden Einzelfall geklärt werden. Die Fiktion des § 1923 Abs. 2 z.B. erscheint völlig unschädlich, weil sie viel zu punktuell gilt, um die Entscheidung, daß die Rechtsfähigkeit grundsätzlich erst mit der Vollendung der Geburt beginnt, in Frage stellen zu können.
Anders mag sich dies bei den vielen Fiktionen verhalten, die dem Schweigen die gleichen Rechtsfolgen zubilligen, wie sie sonst nur Willenserklärungen zukommen. Diese Frage, die

die Systematisierbarkeit des Schweigens betrifft, kann hier nicht geklärt werden.

5. Schließlich ist danach zu fragen, ob es Rechtsgebiete gibt, in denen Fiktionen nicht möglich sind, ob also die Eigenart einer Rechtsmaterie eine Grenze für die Verwendung von Fiktionen darstellt.
Für diese Frage läßt sich schon etwas aus dem Umstand ableiten, daß die als Beispiele gewählten Fiktionen aus verschiedenen Rechtsgebieten stammen. Dies stimmt mit der Überlegung überein, daß Fiktionen als eine Regelungstechnik des Gesetzgebers vermutlich überall verwendet werden können, wo es darum geht, gesetzgeberische Anordnungen zu treffen.

Lediglich aus den Besonderheiten der Fiktionen könnten sich Bedenken gegen ihre universale Tauglichkeit ergeben.
Weil nun das Strafrecht als eine auf Rechtssicherheit besonders bedachte Rechtsmaterie gilt, die Eigenart der Fiktion aber in ihrem analogischen Charakter liegt, wodurch es gelegentlich zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung ihres Bedeutungsumfanges kommt, führen Analogien doch niemals zu "gesicherter Erkenntnis"[108], soll die Tauglichkeit der Fiktionen für die Formulierung klarer und zuverlässiger Gesetze exemplarisch an § 284 StGB untersucht werden.

Es wurde bereits festgestellt (S. 84 ff.), daß Fiktionen um so wahrscheinlicher sind, je enger die verwendeten Begriffe und je differenzierter die gesetzlichen Anordnungen sind. Diese Voraussetzungen sind im Strafrecht im allgemeinen gegeben, da das Bestreben, jeden Straftatbestand exakt zu fassen, zu einer solchen Differenzierung führt.
Daraus folgt allerdings nicht, daß Fiktionen im Strafrecht besonders häufig sind, was ja in der Tat nicht der Fall ist.

---

108) K a u f m a n n , Analogie S. 6.

Bei aller Differenziertheit der Tatbestände ist das Strafrecht nämlich von einem einheitlichen rechtlichen Gesichtspunkt, dem der Strafbarkeit, beherrscht. Voraussetzung für Fiktionen ist, daß die begrifflichen Differenzierungen für einen bestimmten Aspekt gelten, für einen anderen dagegen nicht. Wo die Differenzierung unangebracht ist, kann dann eine Zusammenfassung im Sinne einer rechtlichen Übereinstimmung mit Hilfe der Fiktion erfolgen.
Obwohl es im Strafrecht an der Fiktionen begünstigenden Aspektvielfalt fehlt, können Fiktionen jedoch dort auftreten, wo verschiedene Sachverhalte, die in gleicher Weise strafwürdig sind, durch vorgegebene Begriffe schon differenzierend bezeichnet sind.
Um einen solchen Fall handelt es sich bei § 284 StGB, der nachfolgend einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden soll.
In § 284 StGB ist das öffentliche Veranstalten von Glücksspielen ohne behördliche Erlaubnis unter Strafe gestellt. In Abs. 2 der Vorschrift heißt es: "Als öffentlich veranstaltet galten auch Glücksspiele in Vereinen oder geschlossenen Gesellschaften, in denen Glücksspiele gewohnheitsmäßig veranstaltet werden."

Der Fiktionscharakter dieser Vorschrift ergibt sich aus folgender Überlegung:
Eine Fiktion liegt vor, wenn tatsächlich verschiedene Sachverhalte gleichbehandelt werden, eine Definition hingegen, wenn die Grenzen eines Begriffes klargestellt werden sollen. Der Begriff, um den es sich handelt, ist der der Öffentlichkeit. Nach dem Sprachgebrauch der Rechtssprache versteht man unter Öffentlichkeit, daß für einen individuell nicht abgegrenzten Personenkreis die Möglichkeit des Zugangs besteht. In diesem Sinne kann bei Vereinen und geschlossenen Gesellschaften nicht von Öffentlichkeit gesprochen werden, weil der Zugang nur den Personen offensteht, die entweder Vereinsmitglieder sind oder aber von dem Verein zugelassen werden bzw. bei der geschlossenen Gesellschaft den Personen, die dem Charak-

ter der Zusammenkunft entsprechen. Dennoch sollen nach der gesetzlichen Vorschrift die dort veranstalteten Glücksspiele als öffentlich veranstaltet gelten, wenn sie gewohnheitsmäßig durchgeführt werden. Dabei werden die Begriffe "öffentlich" und "gewohnheitsmäßig" in einen Zusammenhang gebracht, der zu der überspitzten Feststellung veranlassen kann, der Gesetzgeber behaupte, gewohnheitsmäßig sei unter bestimmten Voraussetzungen öffentlich. Aus dieser scheinbaren Widersprüchlichkeit folgt, daß im § 284 StGB verschiedene, in keinem tatsächlichen Zusammenhang stehende Begriffe gleichgestellt worden sind, es sich mithin um eine Fiktion handelt.

Gleichzeitig muß aber betont werden, daß der Gesetzgeber eine solche, auf die tatsächlichen Verhältnisse bezogene Aussage in § 284 nicht machen will. Er behauptet nicht, "öffentlich" sei "gewohnheitsmäßig" bzw. umgekehrt sondern,daß das Unrecht eines öffentlich veranstalteten Glücksspiels dem eines gewohnheitsmäßig veranstalteten gleichwertig sei. Die vom Gesetzgeber in § 284 Abs. 2 StGB getroffene Entscheidung lautet also so, daß nicht nur das öffentlich veranstaltete Glücksspiel wegen seiner Zugänglichkeit für einen unbestimmten Personenkreis strafwürdig ist, sondern auch das unter Ausschluß der Öffentlichkeit gewohnheitsmäßig durchgeführte Glücksspiel seiner intensiveren Einwirkung auf einen beschränkten Personenkreis wegen. Die Gleichbewertung unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschädlichkeit ist gerechtfertigt, insofern das Glücksspiel wegen seiner eine Abhängigkeit erzeugenden Wirkung mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen in gleicher Weise verwerflich ist, ob es nun eine besondere Breitenwirkung (öffentlich) erzielt oder besonders intensiv (gewohnheitsmäßig) beeinflußt.
Bedenken gegen diese Fiktion etwa im Hinblick auf das besondere Rechtssicherheitsbedürfnis im Strafrecht ergeben sich nicht. Hätte der

Gesetzgeber in § 284 Abs. 2 StGB formuliert, daß das gleiche für denjenigen gelte, der Glücksspiele in Vereinen... ohne behördliche Erlaubnis gewohnheitsmäßig veranstaltet oder hält oder die Einrichtungen hierzu bereitstellt, so wäre diese Formulierung nicht klarer gewesen. Daß die Fiktion im Falle des § 284 Abs. 2 StGB nicht unter dem Mangel der Rechtsunsicherheit leidet, liegt daran, daß ihr Vergleichsmaßstab und ihr Bedeutungsumfang eindeutig sind. So besteht kein Zweifel, daß der Gesetzgeber nicht auch für andere Vorschriften, in denen der Begriff der Öffentlichkeit eine Rolle spielt, etwa in § 186 StGB, öffentlich und gewohnheitsmäßig gleichstellen will. Der Geltungsumfang der Fiktion ergibt sich daraus, daß in Abs. 2 des § 284 StGB nicht einfach gewohnheitsmäßig und öffentlich gleichgestellt werden, sondern von dem gewohnheitsmäßig und dem öffentlich betriebenen Glücksspiel die Rede ist. Auch die analoge Anwendung der Rechtsfolgen auf den der Öffentlichkeit analogen Sachverhalt der Gewohnheitsmäßigkeit bietet keine Schwierigkeit, da der Strafrahmen ausreichend flexibel ist, um der analogischen Gleichbewertung Rechnung tragen zu können. Im übrigen läßt sich aus der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung des § 284 StGB deutlich das rechtspolitische Anliegen erkennen, dem entsprechenden Täterkreis ein Ausweichen in die geschlossenen Gesellschaften zu versperren.
Letztlich kann gegen die Fiktion des § 284 Abs. 2 StGB auch nicht eingewandt werden, die Gleichstellung der Begriffe Öffentlichkeit und Gewohnheitsmäßigkeit wirke unter einem sprachpsychologischen Aspekt gewaltsam. Die Deutlichkeit der gesetzgeberischen Absicht verdrängt die Widersprüchlichkeit der Gleichstellung. Die Teleologie des Gesetzes ist stärker als die Psychologie der Begriffe.

Es hat sich also gezeigt, daß die Erfordernisse des Strafrechts an Rechtssicherheit und Klarheit jedenfalls keine prinzipielle Grenze

für die Verwendung von Fiktionen darstellen.

Dieses Ergebnis kann dahin verallgemeinert werden, daß Fiktionen bei grundsätzlicher Tauglichkeit für jede Rechtsmaterie im Einzelfall darauf untersucht werden müssen, ob sie den Erfordernissen der jeweiligen Norm gerecht werden.

13. KAPITEL

MOTIVE DES GESETZGEBERS FÜR DIE VERWENDUNG VON FIKTIONEN

Fiktionen sind mit Schwächen und Gefahren behaftet. Das hat die bisherige Untersuchung gezeigt. Es stellt sich daher die Frage, welche Motive der Gesetzgeber für die Verwendung von Fiktionen haben kann, zumal diese nicht unersetzbar sind, sondern ihre Wirkung auch mit anderen Mitteln erzielt werden kann.

1. Da, wie gezeigt, die Wirkung der Fiktionen darin besteht, Tatbestände von Normen zu erweitern oder einzuschränken und damit die Ausdehnung von Rechtsfolgen oder deren Einschränkung zu bewirken, sind sie von ihrer gesetzestechnischen Funktion her "verdeckte Verweisungen" [109], eine "abbrevierende Ausdrucksweise", mit der sich der Gesetzgeber die selbständige Regelung eines Sachverhalts erspart [110]. Dies vermögen auch andere Verwei-

---

109) L a r e n z , Methodenlehre S. 200.

110) K e l s e n , Zur Theorie der juristischen Fiktionen S. 640.

sungsformen zu leisten. Die Fiktion hat ihnen gegenüber jedoch gelegentlich Vorzüge.

Ein solcher Vorzug liegt in ihrer Kürze [111]. J h e r i n g [112] bezeichnet das Gesetz der Sparsamkeit als ein Fundamentalgesetz der juristischen Technik. Fiktionen vermögen diesem Anspruch zu genügen, vor allem, wenn die durch sie hervorgerufene Sachverhaltserweiterung sich nicht auf einige wenige Rechtsnormen beschränkt, wenn also eine Verweisung größeren Ausmaßes vorgenommen werden soll.

So hätte der Gesetzgeber z.B. im Falle des § 911 BGB die Anwendung der für die auf einem Grundstück gewachsenen Früchte geltenden Vorschriften auch für die von einem Nachbargrundstück herübergefallenen dadurch erreichen können, daß er die entsprechenden, für Früchte geltenden Vorschriften wiederholt hätte. Ein solches Verfahren, das sich weder durch Kürze noch durch Anschaulichkeit ausgezeichnet hätte, hat der Gesetzgeber mit Hilfe einer Fiktion vermieden. Gegenüber einer expliziten Verweisung hat diese Fiktion nämlich den Vorzug der Kürze. Was die Anschaulichkeit angeht, steht die Fiktion ebenfalls nicht zurück. Der Tadel, den D ö l l e [113] dem "Brauch der modernen Gesetze" ausspricht, nämlich "jede Anschaulichkeit zerstörend... den Inhalt der Norm nicht ausdrücklich zu erklären, sondern durch Verweisungen auf andere

---

111) Vergl. K a r p e n , Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik S. 25/26: "Die Fiktion ist... ein Mittel der Gesetzgebungstechnik, das eine besonders knapp formulierte Verweisung ermöglicht."

112) J h e r i n g , Der Geist des römischen Rechts S. 242.

113) D ö l l e , Vom Stil der Rechtssprache S. 42.

Gesetzesstellen zu bezeichnen", kann der Fiktion gegenüber nicht uneingeschränkt erhoben werden. Gewiß wirkt auch eine nur schwer verständliche Gleichstellung verschiedener Sachverhalte nicht anschaulich. Im Falle des § 911 BGB ist jedoch die Gleichbehandlung der auf einem Grundstück gewachsenen Früchte und der auf es hinübergefallenen ohne weiteres einleuchtend, so daß die von der Fiktion betroffenen Normen leicht, um diesen Sachverhalt erweitert, verstanden werden können.
Ein Grund dafür, daß sich der Gesetzgeber der Fiktion bedient, kann also im Bestreben nach Kürze liegen. Fiktionen dienen dann als Mittel der "Kurzverweisung" [114].

2. Wenn schon Fiktionen nicht unbedingt weniger anschaulich sein müssen als andere Verweisungsformen, so vermögen sie in Einzelfällen die Anschaulichkeit der vom Gesetzgeber mit einer bestimmten Anordnung verfolgten Absicht sogar zu fördern.

E s s e r [115] nennt solche Fiktionen, die dem Gesetzgeber zur Verdeutlichung seiner Absicht dienen, Fiktionen zum "Abschneiden von Zweifelsfragen". Er erwähnt in diesem Zusammenhang § 2306 BGB, wonach eine unzulässige Beschwerung eines Pflichtteilsberechtigten durch Vermächtnisse, Einsetzen eines Nacherben usw. als nicht angeordnet gilt. Damit sind die Zweifelsfragen ausgeschlossen, die sich an die Regelung, solche Beschränkungen seien nichtig, geknüpft hätten. Im Falle dieser Anordnung hätte nämlich das Schicksal der übrigen Anordnungen im Hinblick auf § 139 BGB ungewiß sein können. Weil unzulässige Beschränkungen aber als

---

114) Vergl. E s s e r , Gesetzesfiktionen S. 37 ff.

115) E s s e r , Rechtsfiktionen S. 45 ff.

nicht geschrieben gelten, taucht das Problem der Teilnichtigkeit nicht auf. Es kann nun nicht gesagt werden, diesen Effekt habe der Gesetzgeber ausschließlich durch die Verwendung einer Fiktion erreichen können. Die Bestimmung z.B., daß eine unzulässige Beschwerung nichtig sei, die Gültigkeit der anderen Bestimmungen jedoch unberührt bleibe, hätte den gleichen Erfolg gebracht.
Dessen ungeachtet, dient die auch in diesem Falle kürzere Fiktion dem Gesetzgeber dazu, seine Absicht zu verdeutlichen.

Fiktionen können auch der Hervorhebung der rechtspolitischen Absicht des Gesetzgebers dienen. Dies läßt sich an dem bereits erwähnten Beispiel des § 284 StGB zeigen (Vergl. S. 101). Mit einer solchen Fiktion gelingt dem Gesetzgeber die Betonung der Tatsache, daß Nuancen im Sachverhalt nicht unbedingt zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen müssen. Im Falle des § 284 StGB heißt dies, daß ein Ausweichen in die geschlossene Gesellschaft die Strafwürdigkeit des Glücksspiels nicht aufhebt und der Gesetzgeber ein mögliches Ausweichen bereits vorausbedacht und den Ausweg verschlossen hat.

3. Ein weiteres Motiv für die Verwendung von Fiktionen ergibt sich aus dem Umstand, daß durch die Verwendung einer Fiktion der Geltungsbereich von Normen offengelassen und damit eine flexible Gesetzesregel erreicht werden kann (Vergl. S. 77).
Dies wird in Betracht kommen, wenn für den Gesetzgeber entweder eine gegenwärtige Vielfalt des zu regelnden Sachverhalts nicht überschaubar ist oder aber eine Entwicklung im Gesetz in angemessener Weise vorausschauend berücksichtigt werden soll.
So hätte der Gesetzgeber bei einem entsprechenden, in einer angedeuteten technischen

Entwicklung liegenden Anlaß im Waffengesetz andere Geräte im Hinblick auf deren Gefährlichkeit den Waffen gleichstellen können.

In § 1 Abs. 2 des Gesetzes über den Verkehr mit Betäubungsmitteln vom 10.12.1929 (RGBl. I S. 215) hat der Gesetzgeber eine solche Gleichstellung zwar nicht selbst vorgenommen, aber dazu ermächtigt, um der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse gewachsen zu sein. In der genannten Vorschrift ist bestimmt, daß Stoffe, die nach wissenschaftlicher Feststellung die gleiche schädigende Wirkung haben, wie die in Abs. 1 genannten Stoffe, diesen durch Verordnung gleichgestellt werden können. Von dieser Möglichkeit ist durch Verordnung vom 26.9.1960 Gebrauch gemacht worden.
Die Grundlage für die Anpassung ist im Gesetz selbst gelegt und die Anpassung durch die Verordnung vollzogen. Der Grund dafür, warum die Fiktion nicht schon im Gesetz selbst enthalten ist, liegt in dem besonderen Bedürfnis nach einer klaren Regelung in diesem Bereich. Zwar hätte der Gesetzgeber auch bestimmen können, daß weitere gefährliche Stoffe den schon genannten gleichstehen und nicht erst gleichgestellt werden sollen. Damit hätte jedoch nicht genügend Klarheit darüber bestanden, welche Stoffe vom Gesetz erfaßt werden.

4. Schließlich verwendet der Gesetzgeber Fiktionen aus dogmatischen Gründen.
Sieht man mit E s s e r [116] in der Dogmatik "die Erarbeitung innersystematischer Beurteilungsmerkmale", wodurch Werturteile "aus der Erfahrung verallgemeinernd formalisiert... und in begrifflicher Form 'anwendbar' gemacht" werden, so wird deutlich, daß dieses System nur Grundsatzcharakter mit

---

116) E s s e r , Vorverständnis S. 88 u. 96.

der Möglichkeit von Ausnahmen haben kann. Mit der programmatischen Tendenz eines solchen Systems hängt es zusammen, daß Ausnahmen nicht ihrerseits systematisiert werden können, weil dadurch der Grundsatz selbst geschwächt werden könnte oder aber eine Systematisierung nicht möglich ist. In solchen Fällen greift der Gesetzgeber zu der Möglichkeit, die Ausnahmen dem Grundsatz anzugleichen.
Dies soll an einem Beispiel deutlicher gezeigt werden:
Der Gesetzgeber hat seine grundsätzliche Entscheidung, daß die freie Selbstbestimmung des Menschen über rechtsgeschäftliche Bindungen entscheiden soll, im Begriff der Willenserklärung und in dessen Stellung im System zum Ausdruck gebracht. Diese Entscheidung ist zur Sytsematisierung geeignet, da regelmäßig aus dem Vorliegen einer Willenserklärung auf eine selbstverantwortliche Interessenwahrnehmung geschlossen werden kann. Im Gegensatz zu einer Willenserklärung läßt das Schweigen im allgemeinen entweder einen solchen Selbstbestimmungswillen nicht vermuten oder jedenfalls nicht erkennen. Daß nun aber die Untätigkeit, die Vernachlässigung von Interessen, gelegentlich die gleichen Rechtsfolgen zeitigen muß, wie eine bestimmte Willenserklärung, ist darin begründet, daß der rechtliche Zurechnungsgrund im Geschäftsverkehr in der Hauptsache zwar durch den Begriff der Willenserklärung zutreffend formalisiert ist, daß es aber auch andere, ausnahmsweise geltende und daher nicht formalisierte Zurechnungsgründe gibt. Gegenüber der systematischen Bedeutung der Willenserklärung bleibt dem Gesetzgeber entweder die Möglichkeit, andere Zurechnungsgründe als Ausnahmen ausdrücklich zu erwähnen oder aber die von ihrer tatsächlichen Seite her in das System nicht passenden Fakten mit Hilfe der Fiktion in das System einzubeziehen. Die Bewertung der einen oder anderen Möglichkeit kann nicht allgemein sondern nur differenziert erfolgen.

Während der Versuch, die Ausnahmen selbst zu systematisieren, nur in seltenen Fällen aussichtsreich bzw. lohnend sein dürfte, scheint gegen ein Verfahren, bei dem der Ausnahmecharakter der nicht systemgerechten Zurechnungsgründe mit Hilfe der Fiktion überwunden wird, die Verschleierung der wahren dogmatischen Verhältnisse zu sprechen. Diese Fiktionen, die ihrer dogmatischen Bedingtheit wegen auch dogmatische Fiktionen genannt werden [117], bezeichnet E s s e r daher als Mittel der geheimen Durchbrechung von Obersätzen [118]. Wie geheim und schädlich jedoch ein solches Verfahren ist, hängt davon ab, wie deutlich der Ausnahmecharakter der einbezogenen Sachverhalte entweder aus besonderen Hinweisen des Gesetzgebers oder aufgrund des Gesamtzusammenhanges wird. Die Rechtfertigung solcher Fiktionen hängt schließlich von der Gesamtbeurteilung der möglichen Auswirkungen ab, die sie auf die Klarheit des Systems und die Sicherheit der Rechtsanwendung haben, im Vergleich zu der anderen Möglichkeit, den Ausnahmecharakter der Sachverhalte offen darzustellen. Daß auch solche Fiktionen ihrer Absicht nach keine Probleme der Gerechtigkeit darstellen, folgt aus dem, was allgemein zu den Fiktionen gesagt worden ist (S. 15 ff.). Wenn im § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB, wo sich der Gesetzgeber für die Möglichkeit der Fiktion entschieden hat, das Schweigen der Verweigerung der Genehmigung gleichgestellt wird, so läßt sich der materielle Gehalt dieser Anordnung aus folgenden Überlegungen rechtfertigen:

Das von dem Minderjährigen geschlossene Rechtsgeschäft ist schwebend unwirksam. Das Interesse des Geschäftspartners und die Rechtssicherheit verlangen die Beendigung des Schwebezustandes. Dies allein würde jedoch nicht erlauben, in dem Schweigen die Verweigerung der Genehmigung zu sehen und die Möglichkeit deren Erteilung gänzlich außer Betracht zu lassen.

---

117) E s s e r , Rechtsfiktionen S. 92.

118) Vergl. E s s e r , Rechtsfiktionen S. 92.

Die Fiktion des § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB hat zur Voraussetzung, daß der gesetzliche Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung aufgefordert wurde und trotz der darin liegenden Überlassung der Initiative über zwei Wochen untätig geblieben ist. Es ist zunächst nicht ungerecht, aus einem solchen Verhalten rechtliche Folgerungen zu ziehen. Die Art der daraus gezogenen Schlußfolgerungen nimmt auf die Schutzwürdigkeit des Minderjährigen Rücksicht, der im Zweifel nicht belastet werden soll. Unter Beachtung des Grundsatzes, daß ein Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich nicht verpflichtet werden soll, ist es erlaubt, das Schweigen trotz Aufforderung einer Erklärung gleichzustellen, nämlich der Verweigerung der Genehmigung, die den Minderjährigen ebenfalls nicht belasten würde.

Wenn der Gesetzgeber systemfremde Sachverhalte mit Hilfe von Fiktionen dem System einverleibt, muß dies nicht unbedingt tadelnswert sein. Sofern das Bewußtsein vorherrscht, daß bestimmte Sachverhalte in das formalisierte Bewertungssystem nicht passen und dies auch deutlich wird, brauchen die dann nicht mehr geheimen Durchbrechungen von Obersätzen nicht schädlich zu sein. So kann die rechtliche Behandlung des Ausnahmefalles durch die Verknüpfung mit dem Regelfall einleuchtend werden. Wo dieses Verhältnis von Regel- und Ausnahmefall nicht deutlich wird, überwiegt allerdings die Gefahr, daß der nicht systemgerechte Sachverhalt in seinem analogen Verhältnis zu den im System vorausgesetzten Sachverhalten verkannt wird. Wo überdies eine fällige und lohnende Systemfortbildung am Platze wäre, sind Fiktionen unangebracht.

Schließlich kann der Gesetzgeber auch aus dogmatischer Ratlosigkeit zu Fiktionen greifen, wenn nämlich die systematische Durchdringung eines Rechtsgebietes nicht weit genug fortgeschritten ist.

Wenn ein Gesetzgeber in einem solchen Falle seine Zuflucht zu Fiktionen nimmt, kann er deshalb nur getadelt werden, wenn er eine bessere Alternative hat. Als solche kann es nicht in allen Fällen angesehen werden, den Fortschritt der Dogmatik abzuwarten. Immerhin liegt auch in diesen, als Notlösung zu bezeichnenden Fiktionen insofern eine gesetzgeberische Entscheidung, als durch die Fiktion die Vergleichbarkeit verschiedener Sachverhalte im Hinblick auf eine bestimmte Rechtsfolge ausgesprochen wird.

So ist die Fiktion des § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Folge der mangelnden Sytematisierung des Schweigens im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Es ist eine andere, hier nicht zu beantwortende Frage, ob in diesem Falle ein Mangel des Systems vorliegt, oder ob es sich um eine vom System her gesehen zu vernachlässigende Randerscheinung handelt.

5. Letztlich kommen noch solche Fälle in Betracht, in denen sich der Gesetzgeber durch die Kausalität der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zur Verwendung von Fiktionen gezwungen glaubt. Als Beispiel für eine so motivierte Fiktion kann § 49 Abs. 2 BGB angesehen werden.
Ein Gesetzgeber, dem es nicht tatsächlich unmöglich erscheint, die Rechtsfähigkeit eines Vereins nur teilweise enden zu lassen, brauchte nicht den gänzlich erloschenen Verein im Wege der Fiktion für den Liquidationszweck als noch fortbestehend zu betrachten.
Es ist zwar zutreffend, daß von der tatsächlichen Seite her der Verein aufgehört hat, tätig zu sein. Daraus folgt jedoch nicht im Sinne einer Kausalität, daß auch die Rechtsfähigkeit völlig erloschen sein muß. Eine solche Abhängigkeit der rechtlichen Gegebenheiten von den tatsächlichen existiert nicht[119].

119) Vergl. W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 449.

Vielmehr ist es denkbar, dem Verein, der seine Tätigkeit eingestellt hat, eine relative Rechtsfähigkeit zuzuerkennen.
Fiktionen können also auch durch die Nachahmung angeblicher Kausalitäten motiviert sein.

14. KAPITEL

GESAMTBEURTEILUNG DER GESETZESFIKTIONEN

Wenn nunmehr eine Gesamtbeurteilung der Fiktionen möglich und auch notwendig wird, so muß zunächst betont werden, daß eine pauschale Beurteilung der Fiktionen nicht möglich ist. Den Fiktionen in ihrer Vielfalt kann nur ein differenziertes Urteil gerecht werden. Dennoch lassen sich einige allgemeingültige Feststellungen treffen. Dies betrifft z.B. den Zweck und die Arbeitsweise der Gesetzesfiktionen. Mit ihrer Hilfe werden Bewertungen vorgenommen, indem tatsächlich verschiedene Sachverhalte gleichgestellt werden bzw. Gleiches verschieden behandelt wird. Die Aussagen der Fiktion sind folglich nicht auf objektive Wirklichkeitserkenntnis bezogen, sondern bezwecken Regelungen. Die rechtliche Ähnlichkeit der Sachverhalte wird in einem analogischen Verfahren erkannt, in welchem dem Vergleichsmaßstab entscheidende Bedeutung zukommt.
Zu Recht verweist E s s e r [120] die Meinungen in das"Reich der Phantasie", die "neben den 'bloß verweisenden', 'uneigentlichen' oder 'formellen' auch noch 'eigentliche', 'echte' Rechts-

120) E s s e r , Rechtsfiktionen S. 26.

fiktionen, die 'unter Verdunklung der Rechtswahrheit dem Richter eine Tatsachenverdrehung zumuten' ", unterscheiden wollen. Alle Fiktionen sind dadurch gekennzeichnet, daß sie der Regelung von Sachverhalten dienen.

Fiktionen sind daher ihrem Wesen nach nichts Rechtsfremdes. Sie können sich jedoch in der Vollkommenheit unterscheiden, mit der sie den gesetzgeberischen Willen funktionsgerecht in Normen umsetzen. Dabei ist nicht nur an den unmittelbaren, die materielle Regelung betreffenden Willen, sondern auch an die begleitenden Absichten des Gesetzgebers gedacht, wie etwa das Bestreben nach Kürze, die Hervorhebung rechtspolitischer Absichten usw.

Von Bedeutung für ihre Beurteilung ist auch, ob sich die Fiktionen lediglich als Verweisung innerhalb des Systems, also rein technisch auswirken, oder im Wege der Gleichstellung auch systemfremde Sachverhalte der Systematik annähern und in sie einbeziehen, also dogmatisch bedingt sind. Der Wert der systemgerechten Fiktionen, wie etwa des § 911 BGB, hängt vom Vergleich mit den Leistungen konkurrierender Verweisungsformen ab. Wo der Umfang der mit einer Fiktion bezweckten Verweisung unzweifelhaft ist und die Fiktion den Vorzug der Kürze hat, wie dies bei § 911 BGB der Fall ist, ist die Fiktion ein erlaubtes und geeignetes gesetzgeberisches Ausdrucksmittel.
Dies gilt auch von Fiktionen wie der des § 284 StGB, mit denen der Gesetzgeber über den unmittelbaren Norminhalt hinaus noch andere Absichten zum Ausdruck bringen kann. Die Überlegenheit der Fiktion des § 284 Abs. 2 StGB gegenüber der Formulierung etwa, daß "dies auch für den Fall des nichtöffentlichen aber gewohnheitsmäßig betriebenen Glücksspiels gilt", zeigt sich in der demonstrativen Hervorhebung, daß es unter bestimmten Voraussetzungen gleichgültig ist, ob das Glücksspiel öffentlich oder nichtöffentlich betrieben wird.
Die Flexibilität von Fiktionen, wie sie im § 1589 Abs. 2 BGB a.F. zum Ausdruck kam, kann

ebenfalls nutzbringend eingesetzt werden, so daß auch solche Fiktionen gerechtfertigt sein können. Dies gilt allerdings nur solange, als die Flexibilität nicht auf Kosten der Rechtssicherheit geht. Von diesen systemgerechten Fiktionen läßt sich daher nicht sagen, sie seien eine "Bankrotterklärung der Wissenschaft"[121] oder eine "Krücke des Denkens"[122]. Auf sie trifft auch das Urteil nicht zu, daß sie eine "scharf zu betonende Bedeutungslosigkeit und Überflüssigkeit", ein Zeichen der "Bequemlichkeit, die nicht auf den Grund der Sache gehen will" und eine "Gefahr für richtiges Erkennen"[123] sei.

Voraussetzung für die richtige Würdigung der Fiktionen ist stets die Erkenntnis, daß es sich bei ihnen um Analogien handelt. Wer dies übersieht, kann allerdings die scheinbaren willkürlichen Manipulationen der Wirklichkeit nicht gutheißen.

Schon eher treffen die angeführten Urteile auf die Fiktionen zu, die der Gesetzgeber aus dogmatischen Gründen verwendet. Zwar liegt auch die Bedeutung solcher Fiktionen zunächst in der Regelung von Sachverhalten mit dem Mittel der Anlehnung an andere Gesetzesregeln. Die Tatsache jedoch, daß wegen der Rechtsfolgen für einen systemwidrigen Sachverhalt auf die für systemgerechte Sachverhalte geltenden Regelungen verwiesen wird, läßt solche Fiktionen als Notbehelf erscheinen.
Die Fiktion des § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB z.B. ist insofern systemwidrig, als das Schweigen

---

121) B ü l o w , Zivilprozeßualische Fiktionen und Wahrheiten in AcP Bd. 62 S. 3 und 7.

122) J h e r i n g , Der Geist des römischen Rechts S. 288.

123) S c h n e i d e r , Leipziger Zeitschrift 1916, Sp. 1089.

als Zurechnungsgrund im rechtsgeschäftlichen Verkehr behandelt wird, obwohl der systematisierte Geltungsgrund die Willenserklärung ist. Mit der Feststellung, daß solche Fiktionen ihrem Inhalt nach systemwidrig sind, ist über ihren Wert noch nichts Endgültiges ausgesagt. Vielmehr muß berücksichtigt werden, welche Alternativen für den Gesetzgeber bestehen. Hätte der Gesetzgeber § 108 Abs. 2 Satz 2 BGB so formuliert, daß durch Schweigen, das sich trotz einer entsprechenden Aufforderung über 2 Wochen erstreckt, die gleichen Rechtsfolgen eintreten wie durch die Verweigerung der Genehmigung, so wäre zwar die Fiktion vermieden worden, die Systemwidrigkeit aber nach wie vor bestehen geblieben. Der Notbehelfscharakter dieser Fiktion ist also nicht durch die Fiktion selbst, sondern durch die Gegebenheiten des Systems bedingt. Anders wäre es nur dann, wenn die Fiktion anstelle einer systemgerechten Lösung stünde. In diesem Falle könnte sie überflüssig und schädlich genannt werden. Da es eine systematische Erfassung und Formulierung der Bedeutung des Schweigens im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht gibt, bleibt noch zu fragen, ob dies nicht auf einem gesetzgeberischen Versäumnis beruht. Dies zu entscheiden, ist hier nicht möglich. Müßte man dies bejahen, wäre die Fiktion allerdings eine Überflüssigkeit, die die Wahrheit verschleiert.
Die Unergiebigkeit oder Unmöglichkeit eines solchen dogmatischen Versuchs einmal unterstellt, käme neben der Fiktion als weitere Alternative eine Regelung in Betracht, die die Unvollständigkeit des Sytems offen zum Ausdruck brächte. Diese selbständige Anordnung müßte etwa besagen, daß das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft außer durch die Verweigerung der Genehmigung unter bestimmten Voraussetzungen auch durch Schweigen endgültig unwirksam wird. Aber auch eine solche Anordnung wäre nicht unproblematisch gewesen. Sie hätte zwar nicht den Eindruck

von Systemtreue erweckt, der bei der Verwendung von Fiktionen entstehen kann, es wäre jedoch die Frage nach der Stellung dieses Zurechnungsgrundes gegenüber dem System und damit die nach der Aussagekraft des Systems selbst entstanden. Bei dieser Situation ist es nicht unverständlich, daß der Gesetzgeber eine nicht offensichtlich das System verlassende Formulierung gewählt hat. Es gilt im Einzelfall jedoch abzuwägen, ob die mit Hilfe der Fiktion erreichte "Abrundung" des Systems nicht wegen der Verschleierung der systematischen Mängel abzulehnen ist. So gesehen können Fiktionen gelegentlich "Krücken" sein; wo eine mögliche Dogmatisierung unterblieben ist, auch als "Bankrotterklärung" bezeichnet werden. Wo sie jedoch in einer nicht mißzuverstehenden Weise unter Vermeidung nicht lohnender Dogmatisierung des System gewissermaßen abrunden, können sie zulässig und wegen ihrer Kürze auch nützlich sein.
Richtig ist für alle Fiktionen, daß sie nicht angeben, warum die durch sie bewirkte Übertragung von Rechtsfolgen stattfindet [124]. Fiktionen sind nämlich keine Begründung sondern nur Ausdruck gesetzgeberischer Entscheidungen [125]. Diese Tatsache spricht jedoch nicht absolut gegen die Verwendung von Fiktionen. Vielmehr muß der Gesetzgeber dafür Sorge tragen, daß sich der Sinn und der Umfang der Fiktion aus unterstützenden Hinweisen oder dem Gesamtzusammenhang hinreichend sicher entnehmen läßt. Dazu gehört auch, daß ungeeignete sprachliche Formen zur Darstellung von Fiktionen vermieden werden (vergl. S. 53 ff.).

---

124) So L e h m a n n - H ü b n e r , Allgemeiner Teil des BGB S. 37;
ebenso G ö t z , Zum Schweigen S. 27.

125) Vergl. B i e r l i n g , Juristische Prinzipienlehre S. 101.

Es besteht schließlich ein Zusammenhang zwischen der Häufigkeit von Fiktionen und der Entwicklungsstufe eines Rechtssystems. Nach C r o m e [126] kommt ein Volk, je höher entwickelt sein Kultur- und Rechtszustand ist, um so eher ohne Fiktionen aus. J h e r i n g [127] sagt, daß die Wissenschaft in ihrer Jugendperiode zu den Fiktionen als Krücken greife, "die es alsbald durch vollkommenere Mittel zu ersetzen gilt". M a l l a c h o w [128] sieht in der Fiktion hingegen ein Arbeitsmittel hochentwickelter Wissenschaft. W i e a c k e r [129] hält Fiktionen bei dem gegenwärtigen Stand der Differenzierung unserer Normen für die "legitime Abbreviatur einer unanschaulichen oder unbequemen, expliziten Normenverweisung".

Diese sich scheinbar widersprechenden Meinungen treffen jeweils etwas Richtiges. Die Häufigkeit von Fiktionen hängt sowohl von dem Entwicklungsstand des Rechtssystems wie auch von der Differenziertheit der Normen ab.

Fiktionen, die bei mangelnder systematischer Durchdringung eines Rechtsgebietes den "Fortschritt unter Beibehaltung der traditionellen Lehre" ermöglichen [130], indem sie nicht systemgerechte Sachverhalte den systemgerechten gleichstellen, die dogma-

---

126) C r o m e , System des Deutschen Bürgerlichen Rechts S. 108.

127) J h e r i n g , Der Geist des römischen Rechts S. 305/306.

128) M a l l a c h o w , Rechtserkenntnistheorie S. 13 und 14.

129) W i e a c k e r , Die juristische Sekunde S. 450.

130) J h e r i n g , Der Geist des römischen Rechts S. 305.

tisch bedingten Fiktionen also, werden überflüssig, wenn die fortschreitende Rechtsentwicklung die Lücken des Systems geschlossen hat.
Für die systemgerechte, verweisende Fiktion gilt jedoch das Umgekehrte. Mit der Höhe der Kulturstufe pflegt die Differenziertheit der Normen zuzunehmen. Dies hat auch die Verwendung differenzierter Begriffsinhalte zur Folge, die in den Fällen übergreifender Gerechtigkeit durch Verweisungen verbunden werden können (vergl. S. 24 ff.). Da Fiktionen meist die kürzeren und ausdrucksfähigeren Verweisungsformen sind, ist mit der zunehmenden Differenziertheit der Normen auch eine Voraussetzung für die zahlenmäßige Zunahme dieser Fiktionen gegeben.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß Pauschalurteile in der Form, daß der Gesetzgeber Fiktionen als Mittel der Verweisung wegen der darin liegenden Gefahr, die Gleichsetzung der verschiedenen Sachverhalte zu weit auszudehnen, nach Möglichkeit vermeiden sollte [131], der Vielfalt der Gesetzesfiktionen nicht gerecht werden. Allerdings ist nicht zu übersehen, daß Fiktionen von ihrer Struktur her keine idealen Ausdrucksmittel gesetzgeberischer Entscheidungen sind. Sie sind von vorneherein mit dem Nachteil behaftet, daß sie den Eindruck sachverhaltsbezogener Manipulationen machen, den es erst zu überwinden gilt, um in ihnen das zu erkennen, was sie ihrem Wesen nach sind, nämlich die rechtliche Bewertung von Sachverhalten.
Eine richtige und somit eine gelegentlich positive Beurteilung der Fiktionen ist also nur vom Boden der Erkenntnis aus möglich,

---

131) Vergl. K a r p e n , Die Verweisung S. 26.

daß Fiktionen Analogien und nicht Hypothesen sind. Fiktionen werden dort unzulässig, wo sich ihr Sinn und Geltungsumfang nicht mit der nötigen Rechtssicherheit ermitteln lassen. Sie sind auch abzulehnen, wenn die sonstigen, für ihre Verwendung bestehenden Grenzen überschritten werden, wo also die Gerechtigkeit, die Verständlichkeit oder auch das Sprachempfinden verletzt werden (Vergl. Kap. über die Grenzen der Fiktionen S. 90 ff.).
Überflüssig sind Fiktionen, wo es gleich gute oder bessere Mittel zur Darstellung des gesetzgeberischen Willens gibt. Dies folgt daraus, daß Fiktionen in keinem Falle die einzige Ausdrucksmöglichkeit, also unersetzlich sind.

Unangebracht sind sie, wo durch die Schliessung von Lücken im System Abhilfe möglich und sinnvoll wäre.
Wo aber die Fiktion unter Ausschaltung ihrer Gefährlichkeit sowohl den eigentlichen wie auch den begleitenden Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, können sie durchaus nützlich sein.
Daraus folgt, daß die technisch bedingten, im System bleibenden Fiktionen gegenüber den dogmatisch bedingten die größeren Aussichten auf Billigung haben, weil sie, weit entfernt davon, dogmatische Schwächen zu überwinden oder zu verheimlichen, in Konkurrenz mit anderen Verweisungsformen ihre Vorzüge beweisen können. Sie bieten gewöhnlich bei der Rechtsanwendung keine besonderen Schwierigkeiten oder wenigstens nicht solche, die vom Gesetzgeber nicht mit Leichtigkeit beseitigt werden könnten.
Anders hingegen die dogmatisch bedingten Fiktionen, die je nach der dogmatischen Situation, durch die sie bedingt sind, Schwierigkeiten bei der Rechtsanwendung bereiten bzw. ein Hindernis für die Weiterentwicklung des Systems sein können. Immer muß aber unter-

schieden werden zwischen der Beurteilung der Fiktionen selbst und der des Gesetzgebers, der sie verwendet. Wo nämlich der Gesetzgeber wegen einer nicht bewältigten dogmatischen Frage zum Hilfsmittel der Fiktion greift, kann er tadelnswert sein, die Fiktion selbst behält auch hier ihren Charakter als Mittel, eine überbegriffliche Gerechtigkeit herzustellen.

Der Wert von Fiktionen läßt sich also mit L a r e n z [132] so ausdrücken, daß sie ein "manchmal wohl angebrachtes, manchmal unnötiges aber unschädliches, manchmal auch unangebrachtes Ausdrucksmittel des Gesetzgebers" sind.

15. K A P I T E L

F I K T I O N E N A L S H I L F S M I T T E L D E R R E C H T S A N W E N D U N G

Fiktionen sind nicht nur eine Technik des Gesetzgebers. Auch die Rechtsanwender bedienen sich ihrer als Hilfsmittel. Die unterschiedliche Stellung, die Gesetzgeber und Rechtsanwender im Prozeß der Rechtsverwirklichung einnehmen, begründet indessen ein unterschiedliches Verhältnis zur Fiktion. Während der Gesetzgeber mit Hilfe der Fiktionen Bewertungen auf der Stufe der allgemeinen Normen vornimmt, vollzieht der Rechtsanwender den letzten Schritt auf dem

---

132) L a r e n z , Methodenlehre S. 205.

Weg von der Rechtsidee zur konkreten Rechtsentscheidung. Der Gesetzgeber ist kraft seiner verfassungsrechtlichen Stellung befugt, Sachverhalte zu bewerten. Der Rechtsanwender hat eine solche freie Befugnis nicht. Er hat sich prinzipiell an den Entscheidungen des Gesetzgebers zu orientieren. Daraus folgt, daß dieser Schritt schon weitgehend vorbestimmt ist und nicht mehr in selbstherrlicher Wertentscheidung vollzogen werden kann. Wenn die konkrete Rechtsentscheidung auch keine bloße Deduktion von Recht, sondern auch dessen Produktion ist [133], so fällt dem Rechtsanwender doch grundsätzlich die Aufgabe zu, vorgezeichnete Wertentscheidungen am konkreten Sachverhalt zu realisieren. Dem Gesetzestext als Rechtsquelle kommt dabei eine entscheidende Bedeutung zu. Der Richter ist an das Gesetz gebunden (Art. 97 Abs. 1 GG).

Die Tatsache, daß die vom Rechtsanwender verwendeten Fiktionen verschiedene Sachverhalte als rechtlich gleichwertig bezeichnen, Fiktionen also auch in der Hand des Rechtsanwenders Bewertungen sind, führt zu der Frage, ob und gegebenenfalls wo der Rechtsanwender solche Bewertungen legitimerweise vornehmen darf.

Es bleibt dafür nur ein Gebiet, wo der Gesetzgeber Wertentscheidungen nicht oder nicht überzeugend getroffen hat, so daß sich die Frage nach der Kompetenz des Rechtsanwenders für selbständige Wertungen stellen kann. Dieses Problem entsteht bereits bei der Interpretation eines Gesetzes über seinen unmittelbaren Wortsinn hinaus, erst recht aber im Falle sogenannter Lückenfüllung und Rechtsfortbildung. Dabei ist zu bemerken, daß sich Interpretation und Rechtsfortbildung mehr graduell als prinzipiell unterscheiden. Wenn ein Gesetz nämlich über seinen unmittelbaren Wortsinn hinaus interpretiert wird, handelt

---

133) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 70.

es sich zugleich um einen Vorgang, der das Recht über den unvollkommenen Ausdruck, den es gefunden hat, hinaus fortbildet[134].

Im folgenden wird daher auf das Problem der Rechtsfortbildung eingegangen, ohne daß dieses Thema im Rahmen dieser Arbeit erschöpfend behandelt werden könnte und brauchte:

Rechtsfortbildung kommt in verschiedenen Erscheinungsformen in Betracht, je nachdem, ob sich der Wille des Gesetzgebers der Teleologie des Gesetzes wenigstens andeutungsweise entnehmen läßt (Rechtsfortbildung praeter legem), keinerlei Ausdruck im Gesetz gefunden hat (Rechtsfortbildung extra legem) oder schließlich gar ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers erkennbar ist (Rechtsfortbildung contra legem).
Der Zusammenhang zwischen Fiktionen und Rechtsfortbildung wird an der Bedeutung offentsichtlich, die die Analogie für die Rechtsfortbildung hat. L a r e n z[135] bezeichnet die Geschichte der Analogie als die Geschichte eines Mittels der Rechtsfortbildung. E n g i s c h[136] nennt die Analogie die be-

---

134) Vergl. E s s e r , Vorverständnis S. 175: "Darum besteht auch kein qualitativer Unterschied zwischen der Fortbildung, die sich im 'besseren Verständnis vorhandenen Rechts' zeigt und noch als Interpretation gilt, gegenüber der Fortbildung im Wege der 'Lückenfüllung', die sich als Ergänzung des immerhin 'intentional' vorhandenen Systems versteht, wie schließlich gegenüber einer 'offenen' Rechtsfortbildung jenseits dieses Rahmens."
Ebenso L a r e n z , Methodenlehre S. 342 und W i e a c k e r , Gesetz S. 6.

135) L a r e n z , Methodenlehre S. 361.

136) E n g i s c h , Einführung S. 142.

kannteste Methode der Lückenausfüllung. Da Fiktionen Analogien sind, ihre Rechtfertigung in dem analogen Verhältnis, d.h. in der rechtlichen Gleichsinnigkeit der gleichgestellten verschiedenen Sachverhalte finden, läßt sich analoge Rechtsanwendung, also auch Rechtsfortbildung, im Gewand der Fiktionen betreiben. Welche Rollen Fiktionen dabei im einzelnen spielen, soll an Beispielen erörtert werden:

Nach § 226 a StGB entfällt die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung, wenn der Verletzte darin einwilligt und die Tat trotz Einwilligung nicht gegen die guten Sitten verstößt. Für die Freiheitsberaubung fehlt eine entsprechende Bestimmung. Es liegt nahe, § 226 a StGB auf die Freiheitsberaubung analog anzuwenden, da sich die körperliche Integrität und die Bewegungsfreiheit als Rechtsgüter im Hinblick auf ihre Disponibilität entsprechen.

Diese Analogie und damit die Rechtfertigung einer mit Einwilligung begangenen Freiheitsberaubung läßt sich mit Hilfe einer Fiktion ausdrücken, die so lauten würde, daß eine Freiheitsberaubung als Körperverletzung "im Sinne des § 226 a StGB" gelte. Das damit erzielte Ergebnis entspricht dem im Wege der offenen Analogie gefundenen. Vom Ergebnis her gesehen ist die Fiktion daher nicht zu beanstanden. Ihre Bedenklichkeit liegt jedoch in der Unkontrollierbarkeit der entscheidenden Erwägungen, die nicht ausgesprochen werden. Fragt man nach einer Begründung für die Gleichstellung von Körperverletzung und Freiheitsberaubung, so wird durch die Fiktion der Eindruck erweckt, als liege die Berechtigung dafür in deren tatsächlicher Ähnlichkeit. In Wirklichkeit folgt die Rechtfertigung der Gleichbehandlung von Freiheitsberaubung und Körperverletzung nicht daraus, daß sich Ähnlichkeiten in tatsächlicher Hinsicht erkennen lassen, etwa im Hinblick darauf, daß sich eine Freiheitsberaubung über psychische Reaktionen als Ver-

letzung des Körpers auswirken kann. Entscheidend kommt es vielmehr darauf an, daß beide Rechtsgüter trotz tatsächlicher Verschiedenheit in einem Allgemeinen übereinstimmen, das für die aufgeworfene Rechtsfrage von Belang ist. Dieses Allgemeine, in dem Körperverletzung und Freiheitsberaubung analog sind, ist eben ihre Disponibilität.
Eine gewisse Ähnlichkeit in tatsächlicher Hinsicht kann dabei nicht geleugnet werden. So ist auch die rechtliche Vergleichbarkeit der Rechtsgutverletzungen nicht völlig zufällig, weil die rechtliche Gleichbehandlung um so wahrscheinlicher wird, je geringer und geringfügiger die tatsächlichen Unterschiede werden. Aus diesem Umstand gewinnt die Fiktion trotz fehlender eigentlicher Begründung gelegentlich ihre Überzeugungskraft. Nichtsdestoweniger muß betont werden, daß die Rechtfertigung der Analogie und damit auch der Fiktion, sich aus einem "Postulat der Gerechtigkeit und nicht der Logik" ergibt[137]. Dies müßte in der Entscheidung zum Ausdruck kommen.
Es ist also festzustellen, daß Fiktionen als Mittel der Begründung von Rechtsentscheidungen nicht in der Lage sind, Rechtsfrieden herbeizuführen, weil die entscheidenden Gründe nicht zur Diskussion gelangen und ein Konsens der Befriedung sich nicht einstellen kann. Daraus ergibt sich das Urteil über Fiktionen, die in der Rechtsanwendung die offene Analogie ersetzen sollen. Die Fiktion hat in diesem Falle keinerlei Vorzüge, die ihre Verwendung rechtfertigen könnten. Ihr Schweigen über die wirklichen, für die Entscheidung maßgebenden Gründe macht sie als Mittel der Rechtsanwendung ungeeignet.

Fiktionen können auch in den Fällen der

---

137) Vergl. L a r e n z , Methodenlehre S. 359.

Rechtsfortbildung Verwendung finden, in denen eine Orientierung an der Teleologie des Gesetzes nicht möglich ist, wo die Entscheidung aus Wertmaßstäben außerhalb des Gesetzes gesucht werden muß. Ihre Bedeutung liegt dann darin, "extra legem" liegende Sachverhalte mit gesetzlich geregelten gleichzustellen. Dabei ist hervorzuheben, daß der Rechtsanwender in diesem Falle seine Entscheidung nicht mehr unmittelbar aus dem Gesetz ableitet, so daß die Frage nach seiner Kompetenz auftaucht. Wenn Fiktionen als Mittel der Rechtsfortbildung extra legem verwendet werden, müssen sie daher zunächst an den Zulässigkeitsvoraussetzungen solcher Rechtsfortbildung gemessen werden.
Ohne die Voraussetzungen einer Rechtsfortbildung extra legem erschöpfend klären zu können, kann mit L a r e n z [138] gesagt werden, daß sie sich noch "intra jus" bewegen müsse. Dies bedeutet, daß die genannte Art der Rechtsfortbildung im "Einklang mit den Prinzipien der Rechtsordnung" stehen, verfassungskonform und in das "innere System dieser Rechtsordnung integrierbar" sein muß [139]. Die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung extra legem muß daher erkennbar und überprüfbar sein. Werden aber Fiktionen zu dieser Art von Rechtsfortbildung eingesetzt, so wird eine Begründung für die Zulässigkeit nicht gegeben. Weil Fiktionen im übrigen auch nicht die für sie maßgebenden Gesichtspunkte mitteilen, werden sie in diesem Zusammenhang zunehmend undurchsichtig und unkontrollierbar.
Allerdings ist es angesichts der Schwierigkeiten, die die Begründung einer solchen Rechtsfortbildung mitsichbringen kann und je nach der Ängstlichkeit, mit der sich der jeweilige Rechtsanwender auf positive Normen

---

138) L a r e n z , Methodenlehre S. 383.

139) L a r e n z , Methodenlehre S. 383.

zu stützen wünscht, weniger unverständlich, wenn zur Fiktion gegriffen wird. Die Fiktion bietet nämlich einen willkommenen Begründungsersatz, der die gefundene Entscheidung unmittelbar aus gesetzlichen Vorschriften abzuleiten scheint. Die Fiktion rückt jedoch eine Scheinbegründung in den Vordergrund, wodurch der Prozeß der Rechtsfortbildung selbst verschleiert und behindert wird, weil es zur Diskussion der entscheidenden Gesichtspunkte nicht kommt.

Das Problem läßt sich an der Haftungsbeschränkung bei Gefälligkeitsfahrten im Straßenverkehr zeigen.
Kommt jemand, der gefälligkeitshalber im Kraftfahrzeug eines anderen befördert wird, bei einem Verkehrsunfall zu Schaden, so taucht die Frage nach dem Ob und dem Umfang der Haftung des Fahrzeughalters und Fahrers auf. Eine volle Haftung erscheint im Hinblick auf den Gefälligkeitscharakter der Fahrt unangebracht. Der Gesetzgeber hat diese Frage nicht geregelt, so daß die Rechtsprechung darauf angewiesen war, Abhilfe zu schaffen. Der BGH hat zunächst einen stillschweigend abgeschlossenen haftungsbeschränkenden Vertrag angenommen und dadurch das als unbillig empfundene Ergebnis vermieden [140]. Bei dieser Konstruktion handelt es sich um eine Fiktion, bei der man sich mit der Annahme haftungsbeschränkender Willenserklärungen möglichst nahe an die Wirklichkeit gehalten hat, ohne jedoch eigentlich auf sie abzustellen. Ein Teil der Literatur hat diesen Lösungsweg daher auch abgelehnt [141].
Der Nachteil der Fiktion liegt zunächst darin, daß sie das Problem der Rechtsfortbil-

140) Vergl. BGHZ 2, 159.

141) So: E s s e r , Schuldrecht Bd. 1 § 47 III, S. 331;
F l u m e , Das Rechtsgeschäft, § 7, S. 90, wo es heißt, daß eine Willenserklärung oder Einwilligung mit Hilfe der Fiktion erschlichen werde.

dung und die Kompetenz dazu nicht diskutierbar macht. Man kommt nämlich scheinbar mit den vorhandenen gesetzlichen Regeln aus. Ihr weiterer Nachteil besteht in der von ihr gelieferten Scheinbegründung. Diese ist dadurch noch besonders getarnt, als das Ergebnis aus stillschweigenden Willenserklärungen abgeleitet, also auf angebliche Tatsachen gestützt wird. Das Gefährliche dieser Konstruktion liegt darin, daß der Widerspruch zur Wirklichkeit nicht offentsichtlich wird. Damit wird auch die Notwendigkeit nicht ohne weiteres erkennbar, das Ergebnis aus anderen Gesichtspunkten als dem freiwilligen Verzicht des Geschädigten herzuleiten.
Die Entscheidung des rechtlichen Problemes wird bereits durch die Auswahl des fingierten Faktums, nämlich der haftungsbeschränkenden Willenserklärungen, getroffen, ohne daß eine Begründung dafür gegeben bzw. auch vermißt würde.
Weil die Konstruktion, einen haftungsbeschränkenden Vertrag zu fingieren, sich nicht in allen Fällen mit der hintergründig vorgenommenen Bewertung in Einklang bringen ließ, etwa wenn der Verletzte wegen Minderjährigkeit einen Haftungsausschluß nicht vereinbaren konnte, versucht der BGH nunmehr über die Anwendung des § 254 BGB zu angemessenen Ergebnissen zu kommen [142].
Hier wird ersichtlich, daß die Verwendung von Fiktionen lediglich zu einem Umweg geführt hat und der Rechtsfortbildung im Wege stand. Fiktionen sind daher auch in diesem Zusammenhang abzulehnen.

Schließlich kann auch Rechtsfortbildung contra legem mit Hilfe von Fiktionen betrieben werden. Dies sind Fälle, wo sich eine Entscheidung in Widerspruch zu einer gesetzlichen Anordnung setzt. Die Bedeutung der Fik-

---

142) Vergl. BGHZ 34, 355 ff.

tion liegt in diesem Zusammenhang vollends darin, diesen Widerspruch zu verdecken.

Da Fiktionen zwar die Fähigkeit haben, den Widerspruch zum Gesetz zu verheimlichen, diesen Gegensatz jedoch nicht zu lösen vermögen, muß die Frage nach der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung contrag legem in den Vordergrund gerückt werden. Wo Rechtsfortbildung unzulässig ist, kann sie auch durch die Verwendung von Fiktionen nicht zulässig werden. Fiktionen sind nämlich keine Begründung der Rechtsfortbildung sondern allenfalls ein Mittel dazu.
Was nun die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung contra legem angeht, so hält sie L a r e n z [143] im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG, der den Richter nicht nur dem Gesetz sondern auch dem Recht unterwirft, in seltenen Ausnahmefällen für erlaubt, wenn nämlich ohne die Berücksichtigung eines unabweisbaren Bedürfnisses oder der "Natur der Sache" oder eines höherrangigen rechtlichen Prinzips ein Rechtsnotstand einträte, der vom Gesetzgeber in absehbarer Zeit nicht beseitigt wird.
Eine Rechtsfortbildung contra legem müßte also zunächst diese Voraussetzungen feststellen und sodann die Maßstäbe für eine sachgerechte Lösung diskutieren. Wird die Rechtsfortbildung mit Hilfe einer Fiktion vorgenommen, wird über beides geschwiegen. Dies ist wegen der besonderen Begründungsbedürftigkeit einer solchen Rechtsfortbildung besonders nachteilig.
Als Beispiel kann in diesem Zusammenhang § 54 BGB dienen, wonach auf den nichtrechtsfähigen Verein die Vorschriften über die Gesellschaft anwendbar sind. Bei konsequenter Befolgung dieser Anordnung ergeben sich als ungerecht empfundene Rechtsfolgen, etwa hinsichtlich der Haftung der Vereinsmitglieder,

---

143) L a r e n z , Methodenlehre S. 401.

oder auch Schwerfälligkeiten im Rechtsverkehr, insbesondere im Grundbuchverkehr und im Prozeßrecht.
Die in der gesetzlichen Anordnung des § 54 BGB liegende Diskriminierung des nichtrechtsfähigen Vereins kann von den Rechtsanwendern nur durch eine Rechtsfortbildung contra legem beseitigt werden. Was z.B. die Haftung der Vereinsmitglieder angeht, so erschien es gerecht, diese auf das Vereinsvermögen zu beschränken. Die Rechtsprechung hat dies dadurch erreicht, daß sie entweder in die Satzung eine Beschränkung in der Vertretungsmacht des Vorstandes hineininterpretierte oder aber stillschweigende Willenserklärungen gegenüber den Geschäftspartnern mit dem Inhalt annahm, daß die Haftung auf das Vereinsvermögen beschränkt werden solle[144].
Beide Konstruktionen enthalten Fiktionen, wodurch der Eindruck erweckt wird, die Lösung werde im Einklang mit dem Gesetz gefunden. In Wahrheit werden durch die Fiktion "auch hier nur die Gründe verdeckt, welche die Annahme der Haftungsbeschränkung in Wirklichkeit rechtfertigen[145]".
Demgegenüber versuchen Überlegungen auf die wahren Gründe dieser Rechtsfortbildung einzugehen, die die Anwendung der Vorschrift über die Gesellschaft aus der "Natur der Sache" heraus ablehnen[146] oder die Einschränkung aus dem Zweck und dem Wesen des nichtrechtsfähigen Vereins folgen lassen[147]. Es kann in diesem Zusammenhang nicht zu Ende diskutiert werden, ob die "Natur der Sache"

---

144) Vergl. BGH LM § 31 Nr. 11.

145) S c h u m a n n , Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, S. 19.

146) Vergl. D i e d e r i c h s e n , Der Allgemeine Teil S. 26.

147) L e h m a n n - H ü b n e r , Allgemeiner Teil S. 143.

ein brauchbarer Gesichtspunkt zur Lösung des Problems ist[148].
Der entscheidende Vorzug solcher Argumentationen gegenüber der Fiktion liegt jedenfalls darin, daß die Rechtsfortbildung offen betrieben und damit gefördert wird. Zugleich besteht die Chance, daß der Gesetzgeber durch eine solche Diskussion auf den "Rechtsnotstand" aufmerksam und zu einer Abhilfe gedrängt wird.

Beurteilt man die Fiktionen in der Rechtsanwendung insgesamt, so muß man sie ablehnen. Ihre Vorzüge bestehen nur zum Schein und ihre Begründungen sind nur Scheinbegründungen[149]. In Wirklichkeit verschleiern sie die Wahrheit[150]. Ist nämlich erst der fehlende Sachverhaltsteil im Wege der Fiktion beschafft, ergibt sich die gewünschte Rechtsfolge von selbst. Es mag sein, daß die gefundenen Ergebnisse im Einzelfall der Gerechtigkeit entsprechen. Eine Begründung dafür wird jedoch nicht gegeben. Da der Rechtsanwender dazu neigt, den fiktiven Charakter des "benötigten" Sachverhalts zu verbergen,

---

148) Vergl. Die Bedenken von H e n k e l , Einführung S. 296: "Wer glaubt, aus der Natur der Sache 'Recht', d.h. Normen von unmittelbarer rechtlicher Ordnungskraft herleiten zu können, denkt zuviel in den Begriff hinein."
Vergl. auch S t r a t e n w e r t h , Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache" S. 26, der von der Relativität der Natur der Sache spricht.

149) G ö t z , Zum Schweigen S. 26.

150) L a r e n z , Methodenlehre S. 205/206.

kann er die Gründe nicht mitteilen, die ihn zur Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge trotz Lückenhaftigkeit seines Sachverhalts bewogen haben.
Fiktionen können daher eine Rechtsfortbildung, in deren Zusammenhang sie meist auftreten, nicht fördern sondern nur behindern.

Schrifttumsverzeichnis

Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 30. Aufl., München 1970

Baur, Fritz, Lehrbuch des Sachenrechts, 7., neubearb. Aufl., München 1973

Bernhöft, Franz, Zur Lehre von den Fiktionen im BGB, in "Beiträge zur Auslegung des BGB", herausg. von Bernhöft und Binder, Heft 6, Weimar 1907 (zit. Zur Lehre von den Fiktionen)

Bierling, Ernst Rudolf, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, Tübingen 1917

Brunner, August, Erkenntnistheorie, 2. Aufl., Köln 1948

Bülow, Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten in AcP Bd. 62 S. 1 ff.

Coing, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Berlin 1969 (zit. Grundzüge)

Crome, Karl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Tübingen und Leipzig 1900

Demelius, Gustav, Die Rechtsfiktionen in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, Weimar 1858

Diederichsen, Uwe, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts für Studienanfänger, Karlsruhe 1969 (zit. Der Allgemeine Teil)

- Ersatzerbfolge oder Nacherbfolge - Auslegungsregeln, Vermutungen und Fiktionen, in NJW 1965, 671 ff.

Dölle, Hans, Vom Stil der Rechtssprache, Tübingen 1949 (zit. Rechtssprache)

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 5. neubearb. Auflage, Stuttgart 1971 (zit. Einführung)

E n g i s c h , Karl, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1968

E s s e r , Josef, Methoden der Rechtswissenschaft, Teil 1, in Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden, München 1972

- Schuldrecht Bd. 1, 4. Aufl., Karlsruhe 1970

- Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M. 1970 (zit. Vorverständnis)

- Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1969 (zit. Rechtsfiktionen)

F i s c h e r , Hans Albrecht, Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft, in AcP Bd. 117 S. 143 ff.

F l u m e , Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1965 (zit. Das Rechtsgeschäft)

F u r t n e r , Georg, Das Urteil im Zivilprozeß, 2. Aufl., München und Berlin 1967

F o r s t h o f f , Ernst, Recht und Sprache, Prolegommena zu einer richterlichen Hermeneutik, Darmstadt 1964

G ö t z , Donald, Zum Schweigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Bad Homburg v.d.H. 1968 (zit. Zum Schweigen)

H a t z , Helmut, Rechtssprache und juristischer Begriff, Vom richtigen Verstehen des Rechtssatzes, Stuttgart 1963 (zit. Rechtssprache)

H e d e m a n n , Justus, Die Vermutung nach dem Recht im Deutschen Reich, in "Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reichs" herausg. von Fischer, 11. Bd. 2. Heft, München 1904

H e n k e l , Heinrich, Einführung in die Rechtsphilosophie, Grundlagen des Rechts, München, Berlin, New York 1964

H i r s c h , Ernst, Zu einer "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", in JuS 1962, 329 ff.

H ö l d e r , E., Die Einheit der Korrealobligationen und die Bedeutung juristischer Fiktionen, in AcP Bd. 69, S. 203 ff.

H o r n , Dieter, Rechtssprache und Kommunikation, Berlin 1966

H r u s c h k a , Joachim, Das Verstehen von Rechtstexten, Zur hermeneutischen Transpositivität des Rechts, München 1972

J h e r i n g , Rudolf v., Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 3. Teil, 8. Aufl., Basel 1954

K a u f m a n n , Arthur, Analogie und "Natur der Sache", Zugleich ein Beitrag zur Lehre des Typus, Karlsruhe 1965 (zit. Analogie)

- Rechtsphilosophie im Wandel, Stationen eines Weges, Frankfurt a.M. 1972

- Wozu Rechtsphilosophie heute?, Frankfurt a.M. 1971

K a u f m a n n - H a s s e m e r , Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, Frankfurt a.M. 1971

K a r p e n , Hans-Ulrich, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, Berlin 1970

K e l s e n , Hans, Zur Theorie der juristischen Fiktionen, in "Annalen der Philosophie" Bd. 1, Leipzig 1919 S. 640 ff.

L a n g e , Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Aufl., München 1970 (zit. Allgemeiner Teil)

L a r e n z , Karl, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2., neubearb. Aufl., München 1972 (zit. Allgmeiner Teil)

L a r e n z , Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2., neubearb. Aufl., Berlin 1969

L e e n e n , Detlef, Typus und Rechtsfindung, Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung, dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971 (zit. Typus)

L e h m a n n - H ü b n e r , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Aufl., Berlin 1966 (zit. Allgemeiner Teil)

L e n t - S c h w a b , Sachenrecht, 12. Aufl., München 1968

L e ß , Günter, Recht und Fiktion, Eine systematische Untersuchung zur Rechtserkenntnistheorie und zur Rechtstechnik, Diss. Greifswald 1926

M a l l a c h o w , Rolf, Rechtserkenntnistheorie und Fiktionslehre, in "Bausteine zu einer Philosophie des Als-Ob", München 1922 (zit. Rechtserkenntnistheorie)

M ü l l e r - E r z b a c h , Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes, in Jherings Jahrbücher Bd. 61 S. 344 ff.

P a l a n d t , Bürgerliches Gesetzbuch, 32. Aufl., München 1973

R a d b r u c h , Gustav, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgart 1963

R o s e n b e r g , Leo, Die Beweislast, 4. Aufl., München 1956

S a x , Walter, Über Rechtsbegriffe, Gedanken zur Grenze rechtlicher Begriffsbildung, in Festschrift für Nottrop, Karlsruhe 1961 S. 133 ff.

S c h n e i d e r , Karl, Die Bedeutung der sogenannten Fiktionen im heutigen Recht, in Leipziger Zeitschrift 1916, Sp. 1089

S c h u m a n n , Hans, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, Köln und Berlin 1956

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Bd. Tübingen 1956

Stratenwerth, Günter, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Tübingen 1957

Sturm, August, Fiktion und Vergleich in der Rechtswissenschaft, Hannover 1915

Thalmann, Hans-Joachim, Bilder in der Sprache der Rechtswissenschaft, dargestellt an den Lehren über das Verhältnis von Recht und Staat, Winterthur 1956

Vaihinger, Hans, Die Philosophie des Als-Ob, 3. Aufl., Leipzig 1918 (zit. Philosophie)

Wach, Adolf, Handbuch des Zivilprozeßrechts I, Leipzig 1885 S. 302 ff.

Westermann, Harry, BGB Allgemeiner Teil, Karlsruhe 1969

- Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1973

Wieacker, Franz, Die juristische Sekunde, in Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt a.M. 1962 S. 421 ff.

- Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958 (zit. Gesetz)